



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 60

237

janeiro a março de 2023

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

237

janeiro a março de 2023

SENADO FEDERAL





MISSÃO

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

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael A. Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Britto Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Britto Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Gilmar Rodrigues e Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.

Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Aline Vitalis, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil / Dr. Alvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Arthur Cristóvão Prado, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Gomes Borges da Fonseca, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Me. Caio Gentil Ribeiro, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Ma. Caroline Somesom Tauk, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. César Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Fabiano da Silva Pereira, Universidade da Amazônia, Belém, PA, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçada, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas,

Campinas, SP, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Ma. Laila Salles McClaskey, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Netto Parentoni, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Leonardo Tavares, Justiça Federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Márcio Pereira Pinto Garcia, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Orione Dantas de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, RN, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patrícia Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Ravi de Medeiros Peixoto, Procuradoria-Geral do Município de Recife, Recife, PE, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Ma. Suzana Maria Fernandes Mendonça, Grace Mendonça Advogados, Brasília, DF, Brasil / Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Thales Torres Quintão, Instituto Guaicuy, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Wagner Artur de Oliveira Cabral, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Carla Frade de Paula Castro é mestra em Propriedade Intelectual pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Relações Internacionais pela UnB, Brasília, DF, Brasil; bacharela em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; assessora da Agência Brasileira de Promoção das Exportações e Investimentos. / Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira é

doutor em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professor dos cursos de Direito da Universidade Federal do Tocantins, Universidade Estadual do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas, TO, Brasil; professor dos programas de pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* da Escola Superior da Magistratura da UFT, Palmas, Tocantins, Brasil; advogado. / José Eustáquio de Melo Júnior é mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; doutorando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil; doutorando em Direito pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Gurupi, TO, Brasil. / Kátia Magalhães Arruda é doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luis, MA, Brasil; mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professora dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, Brasil; ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do Observatório de Trabalho Infantil do UDF, Brasília, DF, Brasil. / Leandro Maciel do Nascimento é doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pesquisador do grupo Orçamentos Públicos: Planejamento, Gestão e Fiscalização, vinculado à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí, Teresina, PI, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França, e em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux, Bordeaux, França; professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Maria Brochado é doutora, mestra e especialista em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutora em Filosofia pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha; professora titular de Filosofia da Tecnologia e do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora visitante do Leibniz Institut für Medienforschung/Hans-Bredow-Institut-Universität Hamburg, Hamburgo, Alemanha, com bolsa da Capes-PrInt. / Mônica Damous Duailibe é mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luis, MA, Brasil; especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas, SP, Brasil; auditora fiscal do trabalho no Ministério do Trabalho e Previdência, Brasília, DF, Brasil. / Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora e mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; sócia de Rennó, Pentead, Sampaio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Rafael Schmidt Waldrich é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, SC, Brasil; doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito Previdenciário da Univali, Itajaí, SC, Brasil; conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Raphael Peixoto de Paula Marques é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. / Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professora do programa de graduação em Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogada. / Sérgio Rafael Nascimento e Bouças é mestre em Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos pela Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil. / Thiago Cardoso Araújo é doutor e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do programa de graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; procurador do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; sócio de Bocater Advogados, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Vitor Ottoboni Pavan é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho, PR, Brasil; doutorando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor convidado de Responsabilidade Civil do programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil Contemporâneo da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil; pesquisador do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogado. / Walter Claudius Rothenburg é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Paris, França; livre-docente em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor do Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil; procurador regional da República, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil.

Sumário

- 11 **Possibilidade de adoção do menor valor presente líquido de receita nas concessões de rodovias brasileiras**
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Thiago Cardoso Araújo
- 35 **Resgate das políticas públicas de combate ao trabalho infantil no Brasil**
Kátia Magalhães Arruda
Mônica Damous Duailibe
- 59 **A acessibilidade e a integração da pessoa com deficiência na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**
Sérgio Rafael Nascimento e Bouças
Raphael Peixoto de Paula Marques
- 73 **O Tesouro Nacional como cliente bancário**
Definição, justificativa e fundamentos jurídicos do regime de conta única
Leandro Maciel do Nascimento
- 99 **Contributos da Legística para a elaboração do marco legal da inteligência artificial no Brasil**
José Eustáquio de Melo Júnior
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira
- 115 **Direito fraterno entre cosmopolitismo e arquitetura do bem-estar**
Mariah Brochado
- 141 **Responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais**
Uma proposta para o Brasil
Carla Frade de Paula Castro
- 173 **Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais**
Vitor Ottoboni Pavan
Rosalice Fidalgo Pinheiro
- 197 **Direito à vida e direito à integridade**
Walter Claudius Rothenburg

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

217 **O contributo da Análise Econômica do Direito para o
processo administrativo previdenciário**
Marcelo Leonardo Tavares
Rafael Schmidt Waldrich

Possibilidade de adoção do menor valor presente líquido de receita nas concessões de rodovias brasileiras

PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO
THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Resumo: O artigo dedica-se a investigar se as licitações do tipo MVPR são compatíveis com o Direito Público brasileiro, em vista das previsões legais que aludem à vedação da celebração de contratos administrativos por prazo indeterminado. Argumenta-se que o estabelecimento de prazo flexível pode ser medida adequada à atração de investimentos para o setor de rodovias. Além de análise legislativa e doutrinária, o artigo apresenta como critério comparativo o modelo do Chile, cuja escolha se justifica por ter sido ele um país da América do Sul onde houve alguns casos de concessões rodoviárias com adoção do MVPR, já apresentando resultados que permitem lançar luzes no estudo do tema da perspectiva nacional. Após destacar os benefícios e pontos de atenção que as licitações do tipo MVPR propiciam, o artigo conclui pela compatibilidade desse critério de julgamento de licitações com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: concessões; parcerias público-privadas; menor valor presente líquido das receitas; MVPR.

Possibility of adopting the least net present value as decision criterion in Brazilian road concessions

Abstract: This paper investigates whether LPVR-type bids are compatible with Brazilian public law, in view of the legal provisions that forbid the execution, by the Public Administration, of contracts with indefinite duration. We argue that setting flexible contractual terms can be an adequate measure to attract investments to the road sector. In addition to legislative and doctrinal analysis, the paper builds on the Chilean experience with LPVR-road concessions for comparative purposes. Chile was elected as benchmark because it is a South American country with experience in this type of public contests. After highlighting pros

Recebido em 6/5/22
Aprovado em 1/8/22

and cons of the use of LPVR-type bids, we conclude by confirming that this criterion is compatible with Brazilian law.

Keywords: concessions; public-private partnerships; least present value of net revenue; LPVR.

1 Introdução: o papel do prazo contratual nas concessões de serviço público

As concessões de serviços públicos costumam ser contratos de longa duração, pois geralmente estão associadas a investimentos em infraestrutura com elevado prazo de maturação. Como regra, sustenta-se que o prazo precisa ser determinado já na minuta do contrato que acompanha o edital de licitação, tendo em vista o disposto nos arts. 2º, II e III, e 23, I, da Lei nº 8.987/1995 (*Lei Geral de Concessões*).¹

A previsão dessa exigência de fixação de prazo determinado no âmbito dos contratos de concessão visa ao atendimento de ao menos duas funções distintas, mas indissociáveis.

A primeira delas está atrelada ao princípio republicano e busca impedir a eternização de um mesmo particular na prestação de um serviço público, o que poderia representar uma espécie de delegação, ao menos de fato, da titularidade do serviço público, que obrigatoriamente pertence à Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2016). Além disso, argumenta-se que essa situação contrariaria o interesse público de prestação de um serviço adequado e eficiente pelo concessionário, o qual se veria desestimulado de promover a necessária atualização da arquitetura de prestação dos serviços, com vistas à modernização das tecnologias empregadas em sua prestação.² A licitação periódica consiste, assim, em

¹Lei nº 8.987/1995: “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e *por prazo determinado*; III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra *por prazo determinado*; [...] Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I – ao objeto, à área e *ao prazo da concessão*” (BRASIL, [2021a], grifos nossos).

²Para os que assim entendem, o estímulo à modernização do serviço seria um produto da própria intenção do particular de obter a prorrogação da vigência de sua relação contratual

instrumento capaz de assegurar um serviço de maior qualidade e menor tarifa para o usuário.

A segunda função relaciona-se à segurança jurídica do particular que se interessa em celebrar uma parceria com o Poder Público por acreditar que terá garantias de que o contrato será mantido por prazo suficiente para auferir receitas bastantes para a amortização dos investimentos realizados e o retorno do capital imobilizado no início do projeto.³ Esse aspecto, aliás, é especialmente relevante no âmbito dos contratos de infraestrutura de transporte, os quais demandam a realização de investimentos privados de valores elevados, e que somente ocorrerão se existirem garantias mínimas de que o concessionário permanecerá na execução do serviço por tempo suficiente para recuperar os investimentos feitos. A ausência dessa segurança tem sido, inclusive, apontada como uma das razões pelas quais as licitações de alguns projetos de concessão resultam infrutíferas, ou para que rodovias concessionadas tenham sido devolvidas ao Poder Público.⁴ Apenas em âmbito federal, há notícia de seis lotes rodoviários em processo de devolução, correspondentes a 4.331 quilômetros (OLIVEIRA; DOCA; MARTÍNEZ-VARGAS, 2022).

A ausência de interessados em licitações de infraestrutura rodoviária ou a desistência dos agentes econômicos em seguir executando contratos assinados é um *problema* que pode ter plúrimas origens, mas que costumam ter em comum o desbalanceamento entre receitas e despesas ou entre arrecadação tarifária e os compromissos de investimentos previstos no contrato. Em muitos casos, frustrações de demanda decorrentes de fatores exógenos ao contrato – como crises econômicas e a introdução de novo

por meio do atingimento de determinados parâmetros objetivos de qualidade; não haveria esse estímulo caso a delegação fosse realizada por prazo indeterminado. Essa alegação pode encontrar respaldo também na denominada *proposta Chadwick-Demsetz*, a qual preconiza que, mesmo em situações de monopólio natural, como normalmente ocorre em setores de infraestrutura, a concorrência *pelo* ingresso no mercado (e a sua periódica renovação) por si só seria apta a garantir a manutenção de padrões de qualidade desejáveis e a manutenção dos preços em níveis concorrenciais, desde que as licitações sejam realizadas em intervalos relativamente frequentes. A prática, entretanto, tem mostrado que a adoção exclusiva da concorrência pelo mercado seria insuficiente para garantir o alcance dessas finalidades, tornando-se imprescindível a complementaridade desse mecanismo com a atuação de uma instância reguladora (DEMSETZ, 1968; SOUZA JÚNIOR, 2007).

³ Para uma visão específica da função econômica desempenhada pelo elemento *prazo* no âmbito dos contratos de concessão, ver Freitas e Ribeiro (2017).

⁴ Dois fatores principais relacionados ao prazo contribuem para o insucesso desses projetos. O primeiro deles tem origem reputacional. Em algumas situações, o particular não se sente seguro (ou não consegue convencer financiadores) quanto ao cumprimento do prazo pactuado pela Administração Pública frente ao risco de ter seus serviços retomados por questões políticas ou de ser sancionado caso não consiga cumprir o compromisso. O segundo é que, devido à carência de previsões eficientes de reequilíbrio completo (em ambas as dimensões econômica e financeira), o agente privado acaba receando que, na hipótese de o contrato vir a ser atingido por um evento que torne impossível o retorno esperado dentro do prazo pré-definido, a própria limitação de prazo do ajuste acabe por inviabilizar a sua execução pelo concessionário, levando-o a uma situação de inadimplemento (TÂMEGA, 2021).

modo de transporte concorrente – têm relevante poder explicativo desse insucesso (VASSALLO, 2006).⁵ Excesso de otimismo de licitantes também pode contribuir para o ocaso de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária antes do seu término (PINTO; MARQUES, 2021).

Dessa forma, merece ser considerada a adoção de instrumentos que possam reduzir esse risco ao empreendedor sem, contudo, constituir estímulo ao atraso nesses investimentos ou à queda de qualidade da provisão do serviço. É nesse contexto que o presente artigo pretende apresentar a *hipótese* de que o Menor Valor Presente Líquido das Receitas (MVPR) seria um instrumento possível para a solução do problema, sendo compatível com o Direito brasileiro. Há alguma experiência no Direito Comparado de celebração de contratos em que o elemento central de segurança se encontra no valor total a ser recebido pela concessionária, e não no prazo fixo.

Nesse sentido, o presente artigo visa investigar se seria possível, à luz do Direito brasileiro, celebrar contratos de concessão com prazo flexível e adaptável às mudanças de realidade surgidas no decorrer da sua execução. Esse prazo flexível teria por finalidade lidar com eventos como a ocorrência de expressivo crescimento na demanda que antecipe consideravelmente a recuperação dos investimentos; ou, de outro lado, com a constatação de que a demanda verificada

foi inferior à projetada, de modo que a recuperação do investimento ocorrerá em ritmo mais lento que o inicialmente previsto, mantidas as condições da proposta comercial apresentada na licitação.

Ambas as situações são problemáticas sob o ponto de vista do arranjo inicial da contratação, por alterarem a percepção inicial da partilha entre risco e retorno após a assinatura do contrato – ou se sustenta que a concessionária está tendo retorno superior ao devido, ou a concessionária pleiteia que está sofrendo reverses não antecipáveis quando da assinatura do contrato e por ela não gerenciáveis. A frustração de demanda costuma trazer consequências graves aos usuários, com atrasos nos investimentos, que levam à deterioração da via, já que sem receita suficiente a pavimentação deixa de receber a atenção devida, e investimentos em duplicação e sinalização deixam de ser efetuados ou, pelo menos, são atrasados. O tema merece atenção, pois rodovias mal cuidadas geram inevitavelmente aumento de acidentes, causando vítimas e danos a veículos.

Assim, o presente artigo investiga se as licitações do tipo MVPR são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, dadas as previsões legais sobre a vedação de contratos administrativos por prazo indeterminado. Argumenta-se que o estabelecimento de prazo flexível pode ser medida adequada à atração de investimentos para o setor de rodovias, compatível com o atendimento das duas funções primordiais tradicionalmente relacionadas à exigência de prazo determinado e compatível com o ordenamento jurídico.

Para esse fim, este artigo divide-se em cinco partes. Além desta introdução, que apresenta o problema e a hipótese, a segunda parte abordará a experiência internacional, com ênfase no desenvolvimento do atual “modelo chileno de concessão de rodovias”, que inclui a possibilidade

⁵ Segundo Vassallo (2006, p. 360, tradução nossa), o “risco de tráfego é primordialmente dependente da economia, reação dos usuários e concorrência com outros modos de transporte”. No original: “traffic risk depends primarily on the performance of the economy, the reaction of users, and the competition with other means of transport”. No caso brasileiro, em que o planejamento da infraestrutura de transporte compete ao Poder Público, a introdução de um modo concorrente de transporte (por exemplo, a abertura de uma ferrovia paralelamente a uma rodovia) deveria ser risco alocado ao poder concedente, ensejando reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. No entanto, não se costuma observar essa espécie de proteção nos contratos licitados.

de escolha do parceiro privado pelo critério do MVPR. A escolha do modelo chileno para efeitos de análise comparada justifica-se por ser esse um país da América do Sul com relativa semelhança com o Brasil em termos de estruturação de concessões de serviços públicos, que possui experiência efetiva com a adoção de MVPR em rodovias, já tendo apresentado resultados que permitem trazer luzes à sua adoção no País.

A terceira parte apresentará os potenciais benefícios da adoção dessa modelagem e os principais pontos de atenção, a fim de se evitar que a utilização do MVPR gere ineficiências que ponham em risco os benefícios econômicos e sociais que, em última instância, são o objeto final a ser almejado com a celebração de contratos de concessão de serviços públicos.

A quarta parte analisará as previsões legais que regem as concessões de serviço público no Brasil, buscando examinar a compatibilidade do método de MVPR com o racional da legislação em vigor. Buscar-se-á demonstrar que a finitude dos contratos poderá, em certos casos, ser alcançada de forma mais eficiente regulando-se a dimensão de suas receitas, em lugar de se estabelecer uma limitação no seu vetor temporal. Procura-se, assim, uma forma de superar as dificuldades trazidas por essa segunda forma de abordagem, haja vista a reiterada experiência nacional com: (i) a inviabilização de concessões, que redundaram na sua devolução ao poder concedente sem a execução integral dos investimentos previstos; e (ii) a realização de reequilíbrios econômico-financeiros, instrumento legal que espelha o reconhecimento de que há muita imprevisão no momento inicial de celebração desses contratos, que precisam então ser ajustados por meio de extensão de prazo, incremento de tarifas, redução de investimentos ou dos valores devidos a título de outorga.

Por fim, na quinta parte será analisada a legislação federal que regulamentava a celebração

de Parcerias Público-Privadas (PPPs), a qual estabelece um prazo máximo de 35 anos, incluindo as renovações, para a duração desses ajustes, o que em alguns casos pode inviabilizar um retorno adequado ao risco assumido pelo parceiro privado, reduzindo a atratividade do projeto e perpetuando o atual cenário de déficit de ativos de infraestrutura. Ao final, apresentam-se as conclusões da pesquisa realizada.

2 A experiência internacional e o desenvolvimento do “modelo chileno de concessão de rodovias”

Primeiramente, é importante destacar que, como a grande maioria dos países da América Latina, até o início da década de 1990 o Chile não tinha larga experiência com a delegação da prestação de serviços públicos ou obras infraestruturais de grande porte; quando necessárias, eram assumidas diretamente pelo Estado (CARVALHO; V., 2013).

No entanto, o processo de endividamento público pelo qual o país passou durante a década de 1980 impossibilitou ao governo chileno investir satisfatoriamente, durante a década seguinte, na infraestrutura, incluindo estradas, portos e aeroportos. Essa situação fez com que o Estado optasse por passar à iniciativa privada a responsabilidade pelos elevados investimentos requeridos, particularmente os relacionados à infraestrutura rodoviária (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

Assim, pautando-se na experiência recém-obtida na primeira fase das concessões de rodovias mexicanas, o governo chileno optou por dar início ao seu próprio programa de concessão de rodovias e, entre 1992 e 1994, ocorreram as primeiras licitações para concessões de seu sistema viário. Nesse primeiro momento, o objetivo do Poder Público foi estabelecer um

marco regulatório eficiente que não só protegesse o usuário contra abusos econômicos pelos concessionários – tendo em consideração que as rodovias são monopólio natural –, como também assegurasse que os empreendimentos apresentariam adequado retorno sobre o investimento, visando atrair a iniciativa privada e os financiadores (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

Todavia, o Chile optou por promover a delegação apenas de rodovias que já se encontravam em operação, uma vez que naquele momento existiam fortes incertezas sobre se o retorno apresentado pelos projetos seria suficiente para viabilizar os negócios e atrair investidores, além do fato de que o marco regulatório se mostrava ainda incipiente e não contava com reputação estabelecida capaz de propiciar uma percepção de ambiente de segurança aos investimentos. Na ocasião, a escolha dos licitantes vencedores se deu essencialmente com base no critério tradicional de maior valor de outorga, o que resultou em tarifas de pedágio elevadas, as quais provocaram a evasão de muitos usuários para vias alternativas – o que reduziu o fluxo de veículos do projeto e, por conseguinte, afetou drasticamente a rentabilidade esperada.

Essa situação gerou problemas para os concessionários, que se viram com dificuldades de obter financiamento para as obras, haja vista que a principal garantia a ser oferecida aos bancos eram as receitas reais recebidas⁶ – as quais, como visto, estavam em desacordo com as previsões estabelecidas –, o que também gerava dificuldades de arcar com os custos do próprio valor de outorga devido ao poder concedente (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

⁶ Segundo Enei (2007, p. 364), “a garantia real outorgada sobre as receitas do empreendimento é a garantia mais importante no contexto do financiamento de projetos, já que as receitas constituem a fonte primária de satisfação do crédito do financiador externo”.

Em 1995, então, o governo chileno incorporou aperfeiçoamentos aos seus mecanismos de licitação e iniciou uma nova etapa do seu projeto de concessão. Considerando os nefastos efeitos ocasionados pelo método de seleção anterior, o governo decidiu focar a seleção dos futuros contratados no menor valor de tarifa oferecido pelo licitante.⁷ E, caso os concorrentes optassem por ofertar a tarifa no montante máximo estipulado no edital, a concessão seria adjudicada ao participante que solicitasse o menor valor de aporte ao Poder Público para a realização das obras necessárias à recuperação e duplicação das rodovias, conforme o caso (ENGEL; FISCHER; GALETOVIC, 1996).⁸

A instituição desse investimento pelo Poder Público muito provavelmente intentava viabilizar projetos estratégicos, os quais, embora necessários, não contavam com margem suficiente de usuários pagantes para retornar o capital empregado pelo investidor privado. Ao mesmo tempo, o mecanismo evitava a cobrança de tarifas demasiadamente elevadas, cujos efeitos deletérios já eram conhecidos em razão da experiência vivenciada na primeira fase do programa de concessões.

Instituído pelo governo chileno durante essa etapa visando facilitar a atração de novos investidores e financiadores, outro mecanismo de suma importância foi a Receita Mínima Garantida (RMG). O funcionamento da RMG tomava por base as receitas estimadas para o projeto de concessão e estipulava limites máximos e

⁷ Esse mesmo modelo, pautado no menor preço do serviço, já foi o adotado no âmbito do programa de Concessões de Rodovias Federais (Procofe) até a sua Terceira Etapa, que utilizava como critério de seleção exclusivamente a menor tarifa básica de pedágio ofertada.

⁸ No Brasil, esse mesmo modelo equivaleria a uma PPP patrocinada, que, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/2004, “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, [2021b]).

mínimos de variação da receita projetada. Dessa forma, se a receita auferida fosse inferior ao limite mínimo estabelecido, seria realizada a sua complementação por meio de recursos públicos (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018, p. 45). Em caso inverso, isto é, “se as receitas arrecadadas pela concessão [fossem] superiores ao limite máximo estipulado, [caberia] ao concessionário compartilhar o excedente de arrecadação com o poder concedente”. Essa metodologia assegurava ao concessionário um mínimo de previsibilidade sobre as suas receitas futuras, o que solucionava, ao menos em parte, as dificuldades de obtenção de financiamento nas instituições financeiras que haviam sido experimentadas na etapa anterior.⁹

Entre 1996 e 1998, foi implementada a terceira etapa do processo de concessão de rodovias no Chile, com esteio na experiência obtida nas etapas anteriores. Foram utilizados como critérios de escolha do vencedor o menor valor de tarifa (com previsão de valor máximo estipulado pelo poder concedente), aliado, mais uma vez, a uma política de concessão de subsídio aos concessionários operadores dos segmentos rodoviários com menor fluxo de veículos. Paralelamente a isso, foi utilizado também o método do maior valor de outorga. A definição dos trechos que seriam licitados sob o critério da menor tarifa ou da maior outorga era realizada caso a caso no edital de licitação.

⁹ Trata-se de um mecanismo de compartilhamento do risco de demanda, por meio de um sistema de bandas, entre a concessionária e o Poder Público muito semelhante ao que tem sido adotado no âmbito de algumas modelagens de concessões de infraestrutura de transportes no Brasil. Vide, por exemplo, a modelagem adotada no âmbito do Contrato de Parceria Público-Privada, na modalidade Concessão Patrocinada, do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros, por meio de Veículos Leves sobre Trilhos (VLT), celebrado para as regiões portuária e central do Rio de Janeiro. O ajuste previu, em sua cláusula décima, a mitigação do risco de demanda, estabelecendo que as variações de demanda acima de 10% em relação ao originalmente projetado serão compartilhadas entre as partes.

Na prática, esse mecanismo funcionava como uma espécie de subsídio cruzado, permitindo que os recursos obtidos a título de pagamento do valor de outorga pelos trechos de maior demanda fossem repassados aos concessionários que receberam a delegação dos trechos com menor potencial de arrecadação (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).¹⁰ “Deve-se registrar que um fato que dificultou a implantação dessa política foi a coincidência de os projetos de baixo movimento de veículos também serem os de maior necessidade de investimentos, o que [aumentou] as subvenções requeridas ao poder público” (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018, p. 47).

Em 1998, entretanto, a crise asiática atingiu fortemente a economia chilena, provocando uma redução da atividade econômica, o que acabou por se refletir negativamente no fluxo de veículos e, conseqüentemente, no de receitas das concessionárias de rodovias. Essa situação fez com que o governo chileno se deparasse com a necessidade de desenhar um modelo que permitisse às concessionárias enfrentar dificuldades temporárias de fluxo de caixa, sem onerar o orçamento público (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

Essa situação culminou no surgimento de um modelo de licitação denominado Menor Valor Presente das Receitas (MVPR), aplicado pela primeira vez naquele país. Segundo esse método, em vez de o licitante vencedor ser escolhido pelo critério da menor tarifa de pedágio,

¹⁰ É importante esclarecer, porém, que, para um funcionamento eficiente de um sistema de subsídio cruzado, envolvendo diferentes concessões, parece necessário o ingresso de todas as receitas para um fundo único, uma *clearing*, e, na seqüência, a redistribuição das receitas. Assim, a ocorrência de subsídio cruzado deve ser compreendida como uma decorrência que se verificou na prática, com base no modelo adotado. Alternativamente, é possível implementar um modelo de subsídio cruzado dentro da mesma concessão ao delegar ao concessionário a gestão de mais de um ativo, com diferentes níveis de rentabilidade esperada, aplicado nas últimas rodadas de concessão de aeroportos no Brasil.

este deveria ser selecionado com base no menor valor financeiro proposto para cumprir todas as obrigações contratuais previstas no edital.¹¹

Assim funciona tal mecanismo: o poder concedente elabora o edital de licitação estabelecendo todos os investimentos e obrigações que o particular vencedor da licitação terá de realizar no decorrer da concessão. Para que seja possível ao particular medir com exatidão a extensão de suas obrigações, será importante que o edital também forneça as informações referentes ao nível de serviço que deverá ser mantido durante a vigência da concessão, o que será feito por meio da fixação de indicadores de desempenho.

Ainda no edital, o poder concedente definirá o valor máximo da tarifa permitida (método de *price-cap*) e o valor da taxa de desconto que será aplicada aos ingressos e saídas, cuja estimativa deverá ser feita pelo poder concedente, levando-se em consideração as taxas de financiamento cobradas pelo mercado em troca do fornecimento, ao futuro concessionário, dos recursos necessários à execução do projeto.

De posse dessas informações, os licitantes estimam as despesas necessárias para arcar com os investimentos e as obrigações previstas para o projeto, cotejando esses montantes com a margem de retorno esperada pelo capital investido – a taxa mínima de atratividade, a fim de definir o desconto que será dado na sua proposta. Uma vez realizada essa projeção de despesas e receitas, os licitantes convertem esses valores para o momento presente, por meio da aplicação da taxa de desconto predeterminada no edital. Assim, será identificado o valor presente das receitas necessárias para realizar todas as tarefas previstas no edital.

Embora seja imprescindível a observância do valor máximo de tarifa fixado no edital, os licitantes serão livres para, considerando a pressão exercida pelo mercado no momento da licitação, e sua eficiência operacional agregada, formular sua proposta tarifária. Entretanto, como já se afirmou, a proposta tarifária ofertada pelo particular terá de ser suficiente para arcar com todas as despesas e investimentos previstos para o projeto, acrescidas de uma margem mínima de retorno que compense o risco do investimento. Ao final, a tarifa será fixada pela proposta vencedora, e sagrar-se-á vencedor o licitante que ofertar o menor valor presente líquido de receitas para fazer frente a todas as tarefas previstas no edital, o qual, repita-se, será calculado considerando a taxa de desconto especificada no edital.¹²

¹¹ Para uma análise aprofundada da metodologia, ver Engel, Fischer e Galetovic (2001).

¹² Segundo Engel, Fischer e Galetovic (1997, p. [3], tradução nossa), “[o] mecanismo de menor valor presente de receita corrige várias deficiências dos mecanismos de prazo fixo. Nessa abordagem, o regulador define uma tarifa máxima de pedágio; a concessão será conquistada pela empresa que oferecer o menor valor presente da receita de tarifa; a concessão encerra quando o valor presente das receitas de tarifa se igualar ao lance do concessionário; a receita de pedágio é descontada a uma taxa predeterminada especificada no

O principal detalhe desse modelo é que o término da concessão acontecerá automaticamente quando a receita da concessionária, em termos de valor presente, atingir o montante que ela mesma propôs quando da licitação. Significa dizer, portanto, que o prazo de duração da concessão será inevitavelmente variável, pois se atrela à realização da receita durante o decorrer da concessão. Em outras palavras, uma vez atingido ou superado o MVPR, o contrato se encerrará e a rodovia retornará ao poder concedente que poderá, então, optar por realizar uma nova licitação para delegar a administração da via ou por simplesmente assumir diretamente a sua gestão e o encargo de realizar sua manutenção, bem como novas obras necessárias.

Todavia, se o fluxo de veículos for inferior ao projetado, o contrato terá sua duração postergada no tempo até que se alcance o valor presente das receitas definido na proposta vencedora da licitação.¹³ Dessa maneira, o prazo de duração da concessão será sempre variável, de acordo com a realização da receita, e não fixo. Portanto, nessa espécie de licitação, a tentativa de antever a real demanda de passageiros mostra-se menos relevante, já que eventual adequação contratual se mostra menos problemática com base na previsão de prazo flexível.¹⁴

Contudo, embora o prazo seja variado, o termo do ajuste permanecerá determinável. Em vez de se utilizar como critério de encerramento da concessão um prazo fixo, será utilizado o atingimento dos níveis de receitas estabelecidos na proposta vencedora da licitação. Logo, a principal inovação desse novo modelo consiste na flexibilidade do prazo contratual de acordo com a variação da demanda, além da desnecessidade de se negociarem instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro ao longo da execução do contrato para atender às adversidades que possam ocorrer ao longo do tempo, como crises econômicas.

Ademais, considerando-se que o término da concessão estará atrelado à receita auferida pela concessionária ao longo da duração do contrato, é essencial que o poder concedente realize estudos adequados acerca da

contrato de concessão. A taxa deve ser uma boa estimativa da taxa de empréstimo enfrentada pelos titulares da concessão.” No original: “The least-present-value-of-revenue mechanism corrects several shortcomings of fixed term mechanisms. In this approach: The regulator sets a maximum toll. The franchise is won by the firm bidding the least present value of toll revenue. The franchise ends when the present value of toll revenue equals the franchise holder’s bid. Toll revenue is discounted at a predetermined rate specified in the franchise contract. The rate should be a good estimate of the loan rate faced by franchise holders”.

¹³ Na Colômbia, adicionalmente ao critério do MVPR, foi definido um teto máximo de prazo, de maneira que, ainda que o MVPR previsto não tenha sido obtido, o contrato finda definitivamente no 29º ano de sua execução. Nessa hipótese, o poder concedente reconhecerá e pagará ao concessionário o devido saldo utilizando recursos orçamentários (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018).

¹⁴ Pinto e Marques (2021, p. 52), todavia, sustentam que a projeção de demanda não se torna irrelevante, de modo que advogam a introdução de opções reais na modelagem.

demanda projetada para o período de concessão esperado – projeção que será utilizada pelos licitantes para a elaboração de suas propostas, sob pena de a infraestrutura se tornar subutilizada e de a concessão ter sua duração exageradamente prolongada.

O caráter inovador e as dificuldades que serão apresentadas na próxima seção fazem com que o mecanismo de MVPR não seja utilizado em larga escala. Segundo Vassallo (2006), até meados dos anos 2000, entre os 26 projetos rodoviários licitados, o Chile havia buscado contratar somente quatro utilizando o modelo MVPR, tendo sido exitoso em apenas dois. Isso não significa, porém, que ele não mereça ser considerado. O mesmo autor menciona que a rodovia Santiago-Valparaíso, licitada no modelo MVPR, correspondeu à maior emissão de títulos com o menor retorno requerido pelo mercado quando do seu lançamento em 2002.¹⁵ Foi também a única do Chile em que o governo não permitiu renegociação em decorrência da recessão econômica no país entre 1998 e 2002 (VASSALLO, 2006, p. 367). Essas são indicações relevantes de que o mercado percebeu o instrumento como exitoso em prover projetos de infraestrutura resilientes e menos arriscados do ponto de vista do investidor.

3 Vantagens e pontos de atenção na adoção do MVPR

Como visto na seção anterior, a adoção do modelo de MVPR é capaz de afastar as desvantagens já apontadas, associadas ao critério

¹⁵“A emissão de títulos relativa à rodovia Santiago-Valparaíso foi a maior e menos cara dentre os títulos de infraestrutura que haviam sido até então emitidos no Chile” (VASSALLO, 2006, p. 378, tradução nossa). No original: “The Santiago-Valparaiso highway bond issued in 2002 was the largest and least expensive infrastructure bond issued in Chile until then”.

de encerramento da concessão por meio da delimitação de prazo fixo, em especial as relacionadas às eventuais falhas na projeção de demanda, que seriam capazes de comprometer a própria sustentabilidade do projeto. Sendo a concessão de menor prazo quando o tráfego observado for maior que o estimado na proposta, e maior quando o tráfego observado for menor, os riscos enfrentados pelo futuro concessionário tornam-se simétricos em ambos os fluxos de caixa possíveis.

A redução desses riscos relacionados à demanda será capaz de ampliar a atratividade dos projetos, com taxas de retorno mais baixas que as que seriam em tese exigíveis pelo mercado para contratos de duração fixa pré-definida. Este é um avanço relevante comparativamente à modelagem brasileira, na qual quase sempre o risco de demanda é integralmente alocado ao concessionário (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010).

Além disso, a atenuação dos eventuais riscos de projeção de demanda permite aos investidores privados fornecer mais facilmente garantias em troca da obtenção dos financiamentos necessários à viabilização do projeto, na medida em que a arrecadação das receitas previstas será certa, ainda que num prazo mais dilatado que o inicialmente previsto.

Por outro lado, o fato de o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ser automaticamente recomposto pela dilação do prazo permite solucionar, com reduzido custo de transação, diferentes hipóteses ensejadoras de desequilíbrio contratual¹⁶, o que pode simplificar a gestão de

¹⁶A medida só funciona nos casos de desequilíbrios econômicos, uma vez que ela não confere liquidez imediata ao caixa do concessionário, não sendo apta, portanto, a recompor o desequilíbrio contratual do ponto de vista financeiro. Sobre as possibilidades de realização de reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP, ver Ribeiro (2015). A respeito das possibilidades de recomposição automática do equilíbrio contratual, ver Pinto e Araújo (2022).

contratos de infraestrutura e acelerar significativamente a solução de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, que atualmente se prolongam por significativo período.

Uma vantagem adicional gerada pelo modelo é que, no caso de eventual retomada do projeto pelo Poder Público, qualquer que seja o motivo (como caducidade ou encampação), ele poderá determinar com mais facilidade o valor do ressarcimento ao parceiro privado, pois ele corresponderá simplesmente à diferença entre o valor presente licitado e o valor presente das receitas já percebidas durante o prazo de vigência do contrato, deduzidos de eventuais danos causados ao erário, a depender da razão para o encerramento prematuro do contrato.¹⁷

Frise-se, porém, que para o êxito desse modelo é fundamental que o gestor público seja especialmente zeloso em relação a determinados pontos sensíveis concernentes à adoção do MVPR; caso contrário, possibilitará o surgimento de ineficiências na modelagem contratual, capazes de pôr em risco os benefícios econômicos e sociais almejados com a celebração do contrato de concessão.

A primeira dessas questões sensíveis diz respeito à *definição de uma adequada taxa de desconto* para o cálculo do valor presente das receitas futuras, de maneira que haja a justa rentabilidade do projeto e não ocorra a alteração

¹⁷ “[U]m dos motivos principais que levou à escolha deste tipo de concessão foi o fato do poder público contar com um mecanismo simples de estabelecimento do valor da concessão, caso um dia fosse decidido pelo seu término antecipado, uma vez que haveria grande possibilidade de a demanda crescer a um ponto em que a rodovia fosse necessitar de uma ampliação não antecipada nesse contrato. Assim, previu-se explicitamente que o poder público poderia retomar a concessão a qualquer momento, após o décimo segundo ano, compensando a concessionária pela diferença entre o valor com o qual ela ganhou a licitação e o valor presente das receitas até aquele momento, do qual seria subtraído ainda o valor correspondente a estimativa da economia que a concessionária teria com os custos operacionais e de manutenção devido ao término antecipado” (BARELLA; ZEITLIN, 2005).

de seu objeto. Sem essa previsão, na hipótese de extensa dilatação do prazo da concessão, não haverá a justa correção do valor auferido posteriormente, o que significará, ao fim e ao cabo, uma redução do MVPR sob a óptica financeira, fazendo com que na prática o risco de demanda seja absorvido pelo próprio concessionário. Nesses casos, poderão emergir litígios em torno do tema do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁸

Uma possível solução para esse problema é a utilização da Taxa Social de Desconto (TSD) – que tem sido empregada pelo Governo Federal como um indicador para a comparabilidade entre diferentes projetos de infraestrutura – como critério para a fixação de uma taxa-base¹⁹ para a definição do valor presente das receitas a serem percebidas durante o prazo de vigência do contrato.²⁰ Essa opção, além de reduzir os custos associados às negociações entre as partes, tem a vantagem de refletir a percepção da sociedade quanto ao custo de oportunidade do emprego de determinado capital em um investimento, em detrimento de outros possíveis usos alternativos dos recursos investidos no projeto.²¹

Outra solução pode ser definir que a taxa de desconto será periodicamente fixada ao longo do período de vigência da concessão. As principais

¹⁸ Na Colômbia, onde o mecanismo também foi empregado, não houve consenso entre as partes sobre a taxa de desconto adequada para as receitas, o que fez com que a sua definição fosse delegada a um momento posterior à celebração do ajuste, ocasionando sucessivos problemas associados à renegociação dos contratos (CAMPOS NETO; MOREIRA; MOTTA, 2018, p. 59).

¹⁹ Que pode ser refinada com base em um ajuste que leve em consideração características setoriais e do projeto específico.

²⁰ Em 2020, a TSD foi fixada em 8,5% a.a., com previsão de sua revisão a cada dois anos. Ver Nota Técnica SEI nº 19911/2020/ME (BRASIL, 2020).

²¹ A estimação da taxa social de desconto definida pela SDI baseia-se na abordagem de eficiência, atribuída ao economista Arnold Harberger. Para uma apresentação detalhada dos fundamentos desta e de outras abordagens, ver Hicks (1973).

vantagens dessa opção seriam estabelecer uma taxa de desconto específica para cada projeto de infraestrutura e permitir a sua atualização periódica, em atenção aos diferentes cenários macroeconômicos possíveis de ocorrer durante uma extensa relação concessória. A desvantagem, entretanto, reside no considerável aumento dos custos de transação em decorrência das sucessivas renegociações travadas pelas partes da relação contratual. Ou, ainda, o surgimento de uma percepção de insegurança pelos atores privados, inibindo investimento, dada a falta de definição de critérios claros enunciados *ex ante*, caso a prerrogativa da redefinição caiba exclusivamente ao Poder Público.²²

Um segundo possível ponto de atenção é pertinente ao *prolongamento indevido da duração do ajuste*, em violação ao princípio do julgamento objetivo da licitação. Duas razões podem ocasionar tal desvirtuamento indesejado desse mecanismo.

A primeira consiste na existência de eventuais falhas durante a realização dos estudos de projeção de demanda, provocando a ocorrência de um desbalanceamento na divisão do risco de demanda entre poder concedente e concessionária, o que pode resultar em um consumo do serviço muito inferior ao estimado, o que acarreta um prolongamento excessivo na duração do ajuste. Se a frustração de demanda for em percentual muito elevado face ao inicialmente estimado, prorrogar o prazo do contrato poderá não ser suficiente para se obter um retorno positivo do investimento realizado.²³ Esse cenário

²²Embora essas duas soluções sejam factíveis, na prática elas poderiam acabar esvaziando a principal vantagem da metodologia MVPR, que é a diminuição de necessidade de renegociações futuras pelo advento de eventos que perturbem a execução da concessão.

²³“Apesar dos argumentos em favor do LPVA [*Least Present Value Auction*], há incentivos perversos no emprego desse mecanismo. Conforme destacado, investimentos em rodovias são caracterizados por risco e incerteza muito elevados. Uma crítica apresentada ao mecanismo de LPVA é

pode ser evitado pela elaboração de adequados estudos de demanda, bem como pela definição de um *cap* máximo para a duração do contrato.²⁴

A segunda razão é a incidência de eventuais alterações ilimitadas sobre o objeto contratual. Como os limites de revisão contratual fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2022b]) não se aplicam aos contratos de concessões comuns e às PPPs, podem surgir estímulos externos para a celebração de modificações abusivas por ambas as partes, capazes de ensejar a perpetuidade dos contratos, o que, em todo caso, não seria uma característica específica de licitações do tipo MVPR (a inexistência de prazo fixo preestabelecido talvez simplesmente reduza a exposição pública de que o prazo do contrato estaria sendo indevidamente prorrogado).²⁵ Por essa razão, caso optem por realizar a licitação com a metodologia MVPR, os gestores poderão estabelecer no edital uma previsão de montantes máximos para a inclusão de novos investimentos como forma de mitigar esse risco.

Em relação à inclusão de novos investimentos – que não são oriundos da matriz de risco original do contrato, portanto, completamente ausentes do plano de negócios –, há ainda pelo menos dois problemas adicionais.

o tratamento assimétrico entre os lados negativo e positivo da distribuição do valor presente líquido dos projetos. Caso a demanda verificada seja muito superior ao valor esperado (lado positivo), caberá ao concessionário compartilhar o excedente com o poder concedente; por outro lado, em situações em que o quadro da demanda produz VPL negativo, fazendo prevalecer o lado negativo da distribuição, o LPVA acarreta extensão automática de prazo, o que, no limite, poderia produzir uma concessão de prazo infinito. Esse quadro pode gerar incentivos perversos, prejudicando a capacidade de atrair investidores” (DUTRA; MENEZES; SAMPAIO, 2014, p. 327-328).

²⁴A respeito da associação entre MVPR e o estabelecimento de prazo máximo à duração dos contratos no âmbito internacional, ver a nota de rodapé nº 27.

²⁵Lei nº 13.448/2017: “Art. 22. As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993” (BRASIL, [2022c]). A esse respeito, ver Pinto (2017).

O primeiro consiste na forma de avaliação e seleção dos novos projetos de investimentos aos quais se destinarão as aplicações de capital do particular no decorrer da concessão. Isso se revela importante, pois não é incomum que, no curso da execução de projetos de infraestrutura, o concessionário e o próprio poder concedente se deparem com diferentes alternativas de investimentos. Nessa hipótese, é essencial determinar o retorno marginal dos recursos de capital aplicados nesses diferentes projetos e, com isso, identificar qual das alternativas viáveis será capaz de promover o maior retorno dos ativos empregados pelo investidor.

A solução para essa problemática poderia ser a realização de Análise de Custo-Benefício (ACB) para determinar o valor do investimento proposto, seja do ponto de vista intrínseco, seja em termos de custo de oportunidade, promovendo a comparação entre dois cenários distintos: um cenário sem a realização do investimento adicional e outro com a realização do investimento pretendido.²⁶

Em realidade, independentemente do modelo de contratação adotado, a inclusão de qualquer novo investimento no âmbito de projetos de concessão em andamento, por não ser questão trivial e por alterar parcialmente o objeto do contrato, deve ser em regra precedida da realização de ACB para se avaliar a qualidade intrínseca de cada novo investimento adicionado e o seu mérito do ponto de vista econômico e social.

O segundo problema reside em que não parece ser recomendável a adoção da mesma taxa de desconto definida no momento licitatório, a qual necessariamente reflete um contexto macroeconômico específico, durante

²⁶ Para mais detalhes sobre a utilização de ACB como metodologia de avaliação de projetos de investimentos em concessões e PPPs, ver Cruz e Sarmiento (2020). No cenário brasileiro, a TSD poderia ser utilizada como uma variável para a análise da inclusão do novo investimento.

toda a vigência do contrato. Uma alternativa a isso poderia ser calcular o valor presente do investimento usando a metodologia do fluxo de caixa marginal,²⁷ realizando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio da taxa de desconto em vigor na data de realização da revisão contratual. Dessa forma, essa questão poderá ser parcialmente mitigada se as partes optarem por estabelecer no edital que a taxa de desconto para novos investimentos será fixada periodicamente ao longo da vigência da concessão, explicitando-se *ex ante* a metodologia a ser utilizada para seu cálculo. É a solução vigente nos setores de infraestrutura de rodovias para fins de recomposição de desequilíbrios econômico-financeiros.²⁸ Entretanto, de antemão, pode ser problemática a combinação das metodologias, uma vez que o FCM adota como premissa um horizonte temporal delimitado e definido previamente, o que não acontece no MVPR.

Um terceiro ponto de atenção em relação à adoção do MVPR que deve ser considerado, caso se escolha adotar essa metodologia, é relativo ao *encontro de contas entre as partes*. Isso porque, dada a assimetria de informações, torna-se difícil ao poder concedente apurar com exatidão o custo das obras para o concessionário e a proporção exata de sua arrecadação tarifária²⁹, de maneira que a adoção desse mecanismo deve vir necessariamente acompanhada do fortalecimento dos mecanismos de fiscalização, sendo salutar

²⁷ O método de Fluxo de Caixa Marginal (FCM) – utilizado para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato na hipótese de realização de novos projetos e investimentos não previstos no contrato inicial de concessão – consiste na apuração de um fluxo de caixa específico, separado do fluxo de caixa total original da concessão, levando-se em conta apenas as receitas e despesas relacionadas à realização do novo investimento.

²⁸ Ver, nesse sentido, a Resolução nº 5.850/2019 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (2019).

²⁹ Sobre a assimetria de informação nos contratos de rodovias, ver Freitas e Randerson (2021).

para essa finalidade, por exemplo, a celebração de um acordo tripartite, envolvendo também os financiadores do projeto.³⁰

A literatura também aponta que um limitador para a adoção do modelo MVPR consiste na oposição realizada pelos investidores privados decorrente da assimetria de soluções para situações em que a demanda é gravemente frustrada ou em muito ultrapassada. No primeiro caso, como visto, o contrato pode prolongar-se indefinidamente, mas isso não assegura ao concessionário um retorno positivo do seu investimento. No outro extremo, se a demanda explodir, o contrato encerra-se em prazo sucinto, limitando a possibilidade de retornos extraordinários para o concessionário.

Merece atenção o fato de que a variabilidade de duração do contrato acaba por demonstrar certa imprevisão quanto ao momento em que investimentos serão de fato demandados do concessionário – especialmente se atrelados a “gatilhos” de demanda –, o que, por sua vez, pode afetar os contratos de financiamento.³¹ Em todo

³⁰ O *direct agreement* ou acordo tripartite consiste num contrato assinado entre financiador, poder concedente e concessionária. O objetivo do instrumento é permitir que o financiador tenha um papel mais protagonista nas concessões, atuando diretamente sobre esses ajustes para lidar com as contingências surgidas ao longo de sua duração, mas sem alterar ou modificar quaisquer obrigações da concessionária com relação ao poder concedente. Trata-se de instrumento já consolidado em projetos de concessão de infraestrutura realizados em países desenvolvidos. Considerando que o mecanismo serve para ampliar os direitos do financiador nos contratos, ele acaba por funcionar como um atrativo a mais para buscar investidores tradicionais, como grandes bancos, e até novos *players*, o que seria extremamente benéfico em momentos de dificuldade financeira como o que se vivencia no momento atual. A respeito da possibilidade de celebração de acordo tripartite para a viabilização de financiamento de empreendimentos públicos, ver Jordão (2017).

³¹ “As preocupações das concessionárias com o MVPR são de três ordens: em primeiro lugar, o MVPR não aprimora a capacidade do projeto de atingir as obrigações com os financiadores anualmente. Em segundo lugar, a variável duração do contrato torna a operação da concessão difícil de ser organizada, pois o planejamento dos recursos não pode ser programado com antecedência. Finalmente, o MVPR sempre limita o lucro da concessionária, mas não o prejuízo, de modo que o mecanismo não é simétrico” (VASSALLO,

caso, se essa situação assimétrica pode causar alguma perplexidade do ponto de vista econômico, é sabido que juridicamente concessões de serviço público, por definição legal, precisam almejar a modicidade tarifária.

Por fim, deve-se destacar que, adicionalmente ao emprego do MVPR, é recomendável a introdução de mecanismos que visem reduzir os riscos do concessionário quanto às flutuações do valor da moeda, utilizando-se o conceito de banda cambial. Embora a principal receita auferida no bojo do empreendimento concessório seja o valor da tarifa paga em moeda corrente, os insumos e financiamentos são, em regra, tomados em moeda estrangeira. Assim, as eventuais flutuações cambiais podem dificultar demasiadamente para o investidor o pagamento de seus fornecedores, insumos ou financiamentos.

Para mitigar esse risco, recomenda-se o compartilhamento do risco cambial entre o parceiro privado e o poder concedente. Dessa forma, a desvalorização da moeda local para além de certo patamar previsto em contrato funcionaria como um gatilho para o encerramento do contrato sem culpa do contratado – ou para o reequilíbrio do contrato de concessão (como ocorre no âmbito das concessões de rodovias realizadas pela Artesp e, mais recentemente, nas novas rodadas de concessão rodoviária promovidas pela ANTT).

Em suma, a utilização desse método apresenta benefícios e algumas razões de preocupação, já tendo sido recomendada por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em estudo específico acerca do setor rodoviário

2006, p. 378, tradução nossa). No original: “Concessionaires’ concerns about LPVR are threefold. First, LPVR does not improve the capacity of the project to fulfill its commitments to the lenders every year. Second, the variable length of the contract makes the concession operation difficult to organise since resource planning cannot be programmed in advance. Finally, LPVR always limits the upside profitability of the concessionaire but not always the downside, so the mechanism is not symmetric”.

brasileiro, no qual se concluiu pela possibilidade de utilização da metodologia para aperfeiçoar os procedimentos licitatórios e a celebração de contratos no âmbito daquele setor.³²

4 A compatibilidade do método do MVPR com o ordenamento jurídico brasileiro

Como se viu, há prós e contras na adoção do MVPR como critério de julgamento de licitações para a concessão de infraestrutura. Resta avaliar, neste momento, se essa é uma solução compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que possa ser incluída no rol de opções à disposição dos estruturadores de modelagem de projetos rodoviários.

À primeira vista, poder-se-ia entender que a utilização desse método seria incompatível com o disposto nos arts. 2º, II e III, e 23, I, da *Lei Geral de Concessões* (Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, [2021a])), os quais prescrevem a necessidade de que os contratos de concessão tenham prazo determinado de duração. Todavia, não nos parece a melhor interpretação considerar esses dispositivos como óbices à aplicação da metodologia do MVPR para a escolha do licitante vencedor em projetos de concessão de infraestrutura.

Antes de tudo, porque a adoção da metodologia do MVPR para a escolha do licitante vencedor em projetos de concessão de infraestrutura não significa que os contratos de concessão terão prazo infinito ou indeterminável, mas sim que se estabelecerá um prazo mutável³³, o qual se expandirá ou se contrairá, conforme as projeções realizadas durante a fase de estudos se revelem aderentes ou não à realidade concretamente verificada no decorrer da execução dos contratos celebrados. Há desde o início, no entanto, uma dada receita esperada em certo período de tempo; o que o MVPR permite é o ajuste no segundo elemento quando o primeiro varia em razão especificamente da diferença entre demanda projetada e verificada.

³² “Outra conclusão do estudo é que há a necessidade de aperfeiçoar o modelo de concessão de rodovias adotado pelo governo federal, para atender ao previsível aumento da demanda, que pode ocorrer no prazo da concessão. Uma sugestão é que se altere o critério de escolha do vencedor da licitação. Atualmente vence a licitação a empresa que oferece a menor tarifa de pedágio; sugere-se substituir esse critério pelo do MVPR, como no modelo chileno. Ganharia a licitação o proponente que ofertasse o menor valor financeiro para cumprir todas as obrigações contratuais previstas no edital” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 48).

³³ Embora possa causar estranheza à primeira vista, a indicação dos prazos contratuais como elemento mutável no âmbito dos contratos de concessão nada mais é que consequência da incompletude desses contratos que, por serem incapazes de prever todas as perturbações e distorções que podem surgir no decorrer de sua execução, acabam por tornar necessário o reconhecimento da mutabilidade de algumas variáveis, inclusive seu prazo de execução. Para uma análise específica dos efeitos da incompletude contratual sobre os contratos de concessão e de PPP, ver Nóbrega (2010).

Ademais, a necessidade de fixação de prazo no âmbito dos contratos de concessão visa, essencialmente, impedir a eternização de um mesmo particular na prestação do serviço público, ao mesmo tempo em que funciona como uma garantia ao investidor privado de que será o contrato mantido por prazo suficiente para a obtenção de receitas suficientes para amortizar os investimentos realizados.³⁴

É claro que as parcerias desenvolvidas com o Poder Público não poderão ser celebradas com uma duração indeterminável. Todavia, é falha a ideia de que um prazo definido *ex ante* por si só funcionaria como uma garantia da finitude desses ajustes e um obstáculo à perenização dos projetos concessionários. Aliás, a previsão de um termo fixo e inflexível não impede a perpetuação dos contratos, tanto que é comum a dilação de prazos de contrato de concessão para além do termo inicial como método de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desses ajustes – além, é claro, das hipóteses de prorrogação antecipada desses ajustes em troca da realização de novos investimentos.³⁵

Essa compreensão é corroborada pelo fato de que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu art. 175³⁶, não exige a fixação de prazo de duração específico para os contratos de concessão. A Lei nº 8.987/1995 também nada dispôs sobre limite máximo de duração dos contratos de concessão de serviços públicos, tampouco sobre quantidade de prorrogações admitidas. Essa lei (BRASIL, [2021a]) estabeleceu apenas que o prazo deve estar previsto em edital e contrato, e que as condições de prorrogação também devem estar contratualmente previstas, o que não se traduz na imposição de um dever de fixação de um prazo predeterminado e imutável *a priori* no âmbito desses contratos.

A opção por essa modelagem explica-se, possivelmente, pelo fato de que a variável prazo é uma das componentes mais sensíveis para a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos de concessão,

³⁴ São nesse sentido as palavras de Freitas e Ribeiro (2017, p. 67): “além de o prazo dever ser determinado para atender à sua função econômica dentro da engenharia contratual, como visto anteriormente, essa previsão também confere ao concedente os momentos certos para avaliar entre realizar uma nova licitação, ou prorrogar o contrato. Evita-se, assim, que o vínculo entre Estado e particular se eternize, sem que haja manifesta vantagem ao interesse público na manutenção da gestão do serviço público por seu concessionário”.

³⁵ Exemplo emblemático nesse aspecto foi a edição da Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria celebrados nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal (BRASIL, [2022c]).

³⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado” (BRASIL, [2022a]).

direito constitucionalmente assegurado pelo art. 37, XXI, e vital para a própria viabilidade do projeto concedido, o que exige que a maneira de sua formatação seja individualizada e adaptada aos objetivos pretendidos e às peculiaridades do caso concreto.

Merece ser ainda considerado que a ideia de um prazo contratual variável atende diretamente ao princípio da modicidade tarifária, uma vez que, havendo oportunidade de explorar o serviço por um tempo maior como forma de recompor a sua projeção de rendimentos, o parceiro privado poderá valer-se de uma tarifa mais branda. Essa solução, por sua vez, permitirá que parcela maior da população possa usufruir dos serviços prestados, atendendo à busca por universalização, característica inerente aos serviços públicos, por meio da exigência legal de generalidade.³⁷

Antes de concluir, deve ser feita uma consideração acerca da compatibilidade do MVPR com os tipos de licitação previstos na legislação brasileira de concessão de serviços públicos. Quanto aos casos em que haverá necessidade de contraprestação pecuniária pública, o critério parece ser o de mais simples subsunção, já que a Lei nº 11.079/2004 admite que o vencedor seja apurado pela menor contraprestação a ser paga pela Administração Pública. Assim, pode-se concluir que a proposta de menor VPR será aquela que requererá menor contraprestação pecuniária pública. Ou, dada uma contraprestação pública fixada no edital, o menor VPR implicará a menor tarifa a ser cobrada ao usuário final (já que essa é a principal receita da concessão comum e da patrocinada). Nas concessões comuns, o menor VPR possivelmente deverá estar atrelado a licitações do tipo menor tarifa. Assim, embora requeira algum esforço hermenêutico,

³⁷ Lei nº 8.987/1995: “Art. 6º [...]. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, [2021a]).

entende-se que a licitação do tipo MVPR tem guarida no Direito positivo brasileiro.

Verifica-se, portanto, que a adoção do critério de julgamento da licitação baseado no MVPR não apenas se revela juridicamente viável, como a um só tempo atende ao interesse privado dos concessionários – que terão garantido o retorno projetado para seus investimentos em casos de frustração de demanda – e ao próprio interesse público de manutenção de um serviço adequado com amplo acesso da população.

Não se pode desconsiderar que a adoção de mecanismos inovadores e sem previsão legal específica poderá encontrar entraves junto aos órgãos de controle, em especial, os Tribunais de Contas. No entanto, acredita-se que, além de ser compatível com a legislação em vigor, uma vez tomadas as devidas cautelas a respeito dos pontos de atenção anteriormente mencionados, a utilização do mecanismo poderá adicionar ganhos de eficiência às contratações públicas, sem gerar custos adicionais aos cofres públicos.

5 As dificuldades identificadas em relação à celebração de PPPs à luz dos limites temporais estabelecidos pela Lei nº 11.079/2004

Conforme se mencionou, a Lei nº 8.987/1995 nada dispôs sobre o limite do prazo de duração dos contratos de concessão de serviços públicos, tampouco sobre o limite do número de prorrogações. Apenas previu que o prazo deve constar em edital e contrato, bem como que as condições de prorrogação também devem estar contratualmente previstas, o que não se traduz na imposição de um dever de fixação de um prazo fechado no âmbito desses contratos.

Essa mesma modelagem foi seguida por alguns estados da federação, que, ao disciplinarem o regime jurídico de seus contratos de

parcerias, se alinharam à lógica desenvolvida pelo legislador federal, e não fixaram prazo específico de duração máxima para seus contratos de concessão. Esse é o caso, por exemplo, da Lei nº 7.835, de 8/5/1992, de São Paulo e da Lei nº 10.904, de 4/6/1993, de Pernambuco.

Todavia, quanto aos contratos de parceria público-privada, o legislador federal estabeleceu, na Lei nº 11.079/2004, um limite temporal máximo de 35 anos, incidente no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios³⁸. Trata-se, no entanto, de medida que pode vir a se revelar incompatível com a lógica econômica que deve nortear a estipulação dos prazos de vigência dos contratos de concessão, os quais devem sempre buscar a maior eficiência do ajuste, equilibrando a justa remuneração do capital investido pelo particular com a inafastável necessidade de preservação do princípio da modicidade tarifária.³⁹

Dessa forma, o limite máximo de 35 anos na norma, incluindo eventual prorrogação, pode em certos casos acabar promovendo relações pautadas em prazos contratuais ineficientes para a maturação econômico-financeira dos projetos. Essa restrição pode vir a elevar os custos aos usuários e desestimular a realização de investimentos complementares pelo conces-

sionário, podendo, inclusive, refletir-se negativamente sobre o plano de investimentos que se deseja realizar, uma vez que este pode não ser compatível com o fluxo de caixa possível no período limitado de duração da concessão. Crítica semelhante foi realizada por Vassallo (2006, p. 371) à legislação chilena, que limita o prazo das concessões ao máximo de 50 anos.

Ademais, devido à incerteza de que os investimentos poderão ser, de fato, realizados no estreito horizonte temporal do contrato de concessão, as alternativas de investimentos passíveis de previsão no bojo do próprio contrato de concessão acabam sendo notoriamente reduzidas aos projetos possíveis de serem realizados num horizonte temporal significativamente inferior ao prazo máximo de 35 anos estabelecido na norma legal. Isso impede o aproveitamento máximo dos potenciais de ganhos advindos da celebração da parceria entre o Poder Público e o investidor privado.

Assim, aquela norma acaba por promover relações ineficientes do ponto de vista das melhores práticas adotadas em modelagens econômico-financeira de contratos de concessão comuns e de PPPs. Além disso, o dispositivo denota nítida interferência do Poder Legislativo sobre assuntos contratuais que devem ficar a cargo do Poder Executivo, o qual é, por definição, o encarregado da gestão dos serviços públicos.

É claro que, em se tratando de parcerias público-privadas, poder-se-ia cogitar de compensar essa limitação de prazo com a adoção de aportes públicos superiores ao longo do prazo de duração da concessão ou níveis maiores de contraprestação. Contudo, a depender da extensão do valor dos dispêndios públicos necessários para conferir viabilidade ao projeto, eles podem vir a comprometer demasiadamente o orçamento público, podendo até mesmo ser incompatíveis com as normas de responsabilidade

³⁸ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” (BRASIL, [2021b]).

³⁹ Guimarães (2017, p. 49) chega a afirmar que tal prática, além de ineficiente, seria inconstitucional, pois, “ao invés de complementar de modo legítimo a Lei Federal, ofende o referido diploma e implica usurpação de competência reservada privativamente à União para dispor sobre normas gerais de contratação administrativa. Isso porque a ausência de prazo na Lei configura um silêncio eloquente e não autoriza qualquer outorga de competência a Estados, Distrito Federal e Municípios para fixar prazo máximo para as concessões comuns. Com efeito, apenas lei produzida pelo Congresso Nacional pode limitar o prazo de vigência de vínculos de natureza concessória (como na PPP, por exemplo)”.

fiscal estabelecidas para os entes federativos por meio da Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000.

Porém, a *Lei Geral de Parcerias Público-Privadas* não se revela totalmente incompatível com a adoção do MVPR. Ao disciplinar o prazo de vigência do contrato, ela estabeleceu que este deve ser “compatível com a amortização dos investimentos realizados”. Por conseguinte, muito embora a lei apresente travas dispondo que os ajustes não poderão ser inferiores a 5 anos nem superiores a 35 –, nada impede que, dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos na legislação, o prazo possa sofrer flutuações, tal como observado nos contratos de concessão colombianos.

Por fim, vale destacar que, alinhando-se à lógica que norteou o legislador federal na redação do art. 5º, I, da *Lei de Parcerias Público-Privadas*, alguns estados da federação, ao disciplinarem o regime jurídico de seus contratos de parcerias, fixaram um prazo específico de duração máxima para seus contratos de concessão. Esse é o caso, por exemplo, do estado do Rio de Janeiro, onde o Poder Legislativo, em aparente invasão da esfera de competência do Poder Executivo, delimitou legalmente um prazo fixo para a vigência e prorrogação dos contratos de concessão celebrados no âmbito daquele ente federativo. Com efeito, o art. 3º da Lei nº 2.831, de 13/11/1997, estabeleceu para essas espécies contratuais prazo máximo de 25 anos, prorrogável uma única vez por igual período.⁴⁰

Como se pode perceber, a revisão dessas espécies seria relevante para facilitar a adoção do MVPR. O prazo do contrato deve ser tema

⁴⁰ “Art. 3º – O prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço” (RIO DE JANEIRO, [2021]).

tratado no edital e no contrato das diferentes formas de parcerias celebradas com o setor privado, de maneira a estimular a celebração de contratos economicamente eficientes, resilientes às mudanças macroeconômicas experimentadas ao longo da sua execução e suficientemente competitivos para estimular o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

6 Conclusão

A CRFB e a Lei nº 8.987/1995 exigem que as concessões de serviços públicos sejam celebradas como contratos finitos, com o propósito de evitar a eternização de um mesmo particular na prestação do serviço público, o que poderia desestimular o particular de promover a modernização das tecnologias empregadas na prestação do serviço, além de representar uma delegação de fato da titularidade do serviço público.

Embora o racional jurídico se encontre essencialmente pautado na limitação temporal da concessão por meio de um prazo fixo de duração do contrato, esse parâmetro não precisa ser o único. A determinação do momento de encerramento do contrato por meio da fixação de um prazo estanque *a priori* pode mostrar-se pouco eficiente quando se vislumbra a prática brasileira, além de trazer diversas consequências indesejáveis relacionadas à insegurança do particular na obtenção do efetivo retorno do investimento realizado e à dificuldade de obtenção de financiamentos.

Desse modo, licitações que tenham o MVPR como critério de julgamento apresentam como principal vantagem flexibilizar o prazo de duração contratual de acordo com a variação da demanda, atrelando seu termo final à arrecadação das receitas previstas. Surge, assim, uma alternativa à licitação de concessões de serviços

públicos de infraestrutura que permite suprir as tradicionais falhas de projeção de demanda, conferindo-se maior sustentabilidade aos projetos, e evitando-se a realização de recorrentes procedimentos de reequilíbrio contratual.

Há compatibilidade desse modelo com o racional do Constituinte e do legislador ordinário, na medida em que esse critério, à semelhança da fixação de prazo máximo, igualmente evita a perpetuação de um mesmo agente privado na prestação do serviço público concedido, sem, entretanto, ensejar os efeitos deletérios do atual modelo pautado puramente na definição do termo final do contrato no momento da sua celebração somado à atribuição do risco de demanda tradicionalmente ao concessionário.

Dessa forma, a própria realidade tem exposto uma mitigação na tradicional concepção sacralizada acerca do prazo contratual no âmbito dos projetos concessórios, como ilustram os casos de aditivos de prazo para viabilizar a antecipação de novos investimentos ou para promover reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Todavia, relativamente aos contratos de parcerias público-privadas, o legislador federal estabeleceu um limite temporal máximo de 35 anos para a realização de contratações dessa natureza, o que, muito embora não impeça a adoção do MVPR no âmbito desses ajustes, inevitavelmente acaba por reduzir as possibilidades de sua utilização. Contratos que já tenham estimativas de retorno dependentes de exploração da infraestrutura por períodos próximos a esse termo tenderão a não ser compatíveis com a adoção do MVPR, já que no caso de frustração substancial de demanda a limitação temporal estabelecida em lei impedirá a recuperação do investimento realizado (ou, ao menos, requererá uma nada trivial discussão sobre a eventual possibilidade de, em situação específica, excepcionar-se esse limite).

Por fim, não se pretende defender que a adoção do MVPR seja capaz de resolver todas as dificuldades experimentadas nos contratos de infraestrutura de longo prazo. Dada a sua necessária permeabilidade a variáveis exógenas, potencializada pelo longo prazo dos contratos, o setor de infraestrutura mostra-se extremamente complexo, não admitindo soluções únicas, aplicáveis a todos os casos.

O propósito aqui é muito mais modesto: centrou-se na apresentação do modelo MVPR e na demonstração de sua compatibilidade com a legislação nacional caso venha a ser adotado. Com base numa interpretação finalística dos dispositivos legais atinentes às contratações públicas, verifica-se que se trata de mecanismo compatível com a exigência de fixação de prazo nos contratos com a Administração Pública e que pode vir em auxílio à modicidade tarifária e à universalização dos serviços públicos. Somada a outros avanços contratuais, a adoção do MVPR em casos específicos – em

especial em projetos *greenfield* ou que requeiram muitos investimentos novos, como duplicação de extensos trechos ou, no setor aeroportuário, construção de novos terminais – pode auxiliar na criação de novos modelos de contratos, que sejam resilientes e capazes de reduzir o longo prazo de gargalo de infraestrutura de transporte existente no País⁴¹.

Sobre os autores

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora e mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; sócia de Rennó, Penteado, Sampaio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br

Thiago Cardoso Araújo é doutor e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do programa de graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; procurador do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; sócio de Bocater Advogados, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: thiago.araujo@fgv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; ARAÚJO, Thiago Cardoso. Possibilidade de adoção do menor valor presente líquido de receita nas concessões de rodovias brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 11-34, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p11

(APA)

Sampaio, P. R. P., & Araújo, T. C. (2023). Possibilidade de adoção do menor valor presente líquido de receita nas concessões de rodovias brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 60(237), 11-34. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p11

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (Brasil). *Resolução nº 5.850, de 16 de julho de 2019*. Estabelece os procedimentos a serem observados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. [Brasília, DF]: ANTTlegis, 2019.

⁴¹ Os autores agradecem a Flávio Amaral Garcia as sugestões e críticas a uma versão anterior deste artigo. Devem ser atribuídos exclusivamente a eles eventuais erros e omissões.

Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00005850&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161. Acesso em: 23 ago. 2022.

BARELLA, Maluf Barella; ZEITLIN, Michael Paul. Parcerias público-privadas no âmbito rodoviário. *Revista de Práticas Administrativas*, São Paulo, v. 1, jan./fev. 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. *Nota Técnica SEI nº 19911/2020/ME*. Taxa social de desconto para avaliação de investimentos em infraestrutura: atualização pós consulta pública. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/economia-divulga-nota-tecnica-sobre-a-taxa-social-de-desconto-para-infraestrutura>. Acesso em: 23 ago. 2022.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; MOREIRA, Sérvulo Vicente; MOTTA, Lucas Varjão. Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 2.378, p. 1-91, mar. 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2378.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

CARVALHO, André Castro; V., Carlos Silva. Concesiones de carreteras en Brasil y Chile: aspectos jurídicos comparados. *Revista de Direito Público da Economia: RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 43-65, out./dez. 2013.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de parcerias público-privadas e concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *The Journal of Law and Economics*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 55-65, Apr. 1968. DOI: <https://doi.org/10.1086/466643>.

DUTRA, Joisa; MENEZES, Flavio; SAMPAIO, Patricia. Regulação e concorrência em concessões rodoviárias no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FRISCHTAK, Cláudio Roberto (org.). *Gargalos e soluções na infraestrutura de transportes*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014. p. 313-342.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGEL, Eduardo M. R. A.; FISCHER, Ronald D.; GALETOVIC, Alexander. Least-present-value-of-revenue auctions and highway franchising. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 109, n. 5, p. 993-1.020, Oct. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1086/322832>.

_____. Licitación de carreteras en Chile. *Estudios Públicos*, [s. l.], n. 61, p. 5-37, 1996. Disponível em: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1156>. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Privatizing roads: a new method for auctioning highways. *Viewpoint: public policy for the private sector*, Washington, DC, n. 112, p. [1-4], May 1997. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/11586?locale-attribute=es>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FREITAS, Rafael Vêras de; RANDERSON, Rafael. Assimetria de informações, justiça tarifária e a implementação de sistemas de livre passagem (*free flow*) nas concessões de rodovias. *Fórum*, Belo Horizonte, 23 jun. 2021. Coluna Direito da Infraestrutura. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/assimetria-de-informacoes-justica-tarifaria-e-implementacao-de-sistemas-de-livre-passage-free-flow-nas-concessoes-de-rodovias-coluna-direito-da-infraestrutura/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública: FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 192, p. 60-71, dez. 2017.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-60.

HICKS, James. A taxa social de desconto e o objetivo de redistribuição de renda. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 953-991, dez. 1973. Disponível em: <https://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/view/216>. Acesso em: 23 ago. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Rodovias brasileiras: gargalos, investimentos, concessões e preocupações com o futuro. *Comunicados do Ipea*, [s. l.], n. 52, p. 1-56, 24 maio 2010. (Série Eixos do Desenvolvimento Brasileiro). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5305>. Acesso em: 23 ago. 2022.

JORDÃO, Tarcila Reis. Acordo tripartite: enfrentando os desafios de financiabilidade de projetos de concessão e parcerias público-privadas no Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 403-428.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, p. 69-92, jan./mar. 2010.

OLIVEIRA, Eliane; DOCA, Geralda; MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Além da rodovia da morte: governo tem dificuldade de reliciar concessões que foram devolvidas. *O Globo*, [Rio de Janeiro], 19 fev. 2022. Economia. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/alem-da-rodovia-da-morte-governo-tem-dificuldade-de-reliciar-concessoes-que-foram-devolvidas-1-25401711>. Acesso em: 23 ago. 2022.

PINTO, Carlos Bastian; MARQUES, Naielly. Revisitando o modelo de leilão LPVR pela abordagem de opções reais. *Revista Brasileira de Transporte: RBT*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 46-57, dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12660/rbt.v1n2.2021.84776>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbt/article/view/84776>. Acesso em: 23 ago. 2022.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler; ARAÚJO, Thiago Cardoso. Modelagem de concessões rodoviárias em tempos de pandemia: mecanismos de resiliência para um contrato autoportante. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ENEI, José Virgílio Lopes (org.). *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. *Direito do Estado*, [s. l.], n. 369, 28 jul. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/gabriela-miniussi-engler-pinto/a-revolucao-silenciosa-o-fim-dos-limites-a-mutabilidade-dos-contratos-de-concessao>. Acesso em: 23 ago. 2022.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico)*. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/reequilibrios-incompletos.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o regime de concessão de serviços e de obras públicas e de permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 70 da Constituição Estadual, e dá outras providências. Rio de Janeiro: ALERJ, [2021]. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/2bfd15bde369a5ee0325654f0057ecc0?OpenDocument&Highlight=0,2.831#_Section1. Acesso em: 23 ago. 2022.

SOUZA JÚNIOR, Roberto Tadeu de. *As concessões rodoviárias gaúchas à luz do sistema de franchise bidding: 1996/2007*. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/12414>. Acesso em: 23 ago. 2022.

TÂMEGA, Flávia. iNFRA Debate: concessões no Brasil – segurança jurídica e a atração de investimentos. *Portal da iNFRA*, [s. l.], 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-concessoes-no-brasil-seguranca-juridica-e-a-atracao-de-investimentos/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

VASSALLO, José M. Traffic risk mitigation in highway concession projects: the experience of Chile. *Journal of Transport Economics and Policy*, [s. l.], v. 40, pt. 3, p. 359-381, Sept. 2006.

Resgate das políticas públicas de combate ao trabalho infantil no Brasil

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
MÔNICA DAMOUS DUAILIBE

Resumo: A análise das políticas públicas existentes no Brasil é essencial para a eliminação do trabalho precoce, mas é importante também compreender sua estreita ligação com causas materiais que precisam ser enfrentadas. A redução significativa do trabalho infantil entre 2004 e 2015 demonstra esse fato, pois as políticas públicas direcionadas para o seu enfrentamento foram implementadas num contexto de crescimento econômico, atrelado ao desenvolvimento social, sobretudo ao fortalecimento das políticas e programas de assistência social e educação, e à melhoria das condições gerais de trabalho, inclusive com o aumento da formalização e a elevação real do salário mínimo. Esse ambiente de incremento do PIB e a melhor estruturação do mercado de trabalho impactaram sobretudo os aspectos constitutivos do núcleo duro do trabalho precoce, na medida em que houve diminuição da pobreza familiar e crescimento significativo de postos formais de trabalho, alcançando os trabalhadores jovens. O desafio que está posto é a continuidade e a efetividade de políticas de combate ao trabalho infantil, diante do aumento do desemprego e da informalidade, e do enfraquecimento da pauta de desenvolvimento social.

Palavras-chave: trabalho infantil; políticas públicas.

Rescue of public politics to fight child labor in Brazil

Abstract: The analysis of currently existing public policies in Brazil is essential to the elimination of premature labor, even though it's important to understand its close link to material causes that need to be faced. The significant reduction of child labor between 2004 and 2015 proves that fact, for public policies directed to its facing were implemented in a context of economic growth linked to social development, especially to the strengthening of policies and social aid programs, education, and the development of general conditions of work, including the increase

Recebido em 5/9/22
Aprovado em 7/11/22

of formalization and the real raising of minimum wage. This scenario of growth of the GDP (Gross Domestic Product) combined with more structuring of the labor market had an impact especially on the founding aspects of the hard core of premature labor, as there was a decrease of family poverty and a significant growth of formal jobs, reaching to young workers. The challenge that is set it's the continuity and effectiveness of policies against child labor, given the rise in unemployment and premature labor rates, and the dilution of the social development agenda.

Keywords: child labor; public policies.

1 Introdução

A bibliografia especializada no estudo dos sistemas de proteção social evidencia que o trabalho precoce é causa e consequência da vulnerabilidade socioeconômica de parcelas da sociedade, um dos fatores da pobreza intergeracional e, em maior escala, restringe a produtividade e o crescimento econômico das economias nacionais, contribuindo para a manutenção de baixos níveis de desenvolvimento regional, principalmente na África, Ásia e América Latina.

O relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), *Covid-19 and Child Labor: A Time of Crisis, a Time to Act*, publicado em junho de 2020, estima a relação de causalidade direta entre a elevação da pobreza e o trabalho infantil, visto como uma das alternativas utilizadas para o aumento da renda familiar, e apresenta um índice de elasticidade entre essas duas variáveis, avaliado em 0,7%. Resguardadas as variações nas realidades nacionais, o incremento da pobreza em 1% resulta no crescimento estimado de 0,7% sobre o total de crianças e adolescentes em situação de trabalho (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, 2020, p. 8).

Neste artigo, estamos a tratar da política de combate ao trabalho infantil no Brasil em sentido amplo, resgatando os aspectos e intervenções que consideramos essenciais para o seu enfrentamento. Entendemos como estruturais as condições gerais de crescimento econômico e de organização do mercado de trabalho, e construímos a reflexão tomando como referência três eixos analíticos: políticas públicas e programas visando à redução da pobreza extrema, com ênfase na transferência de renda; a formação de normativos específicos e a especialização do arranjo

interinstitucional direcionado para a fiscalização e prevenção do trabalho infantil, a proteção do trabalho de adolescentes e a articulação do Poder Público com setores da sociedade civil no sentido de desnaturalizar o trabalho infantil, evidenciando os seus malefícios para o desenvolvimento saudável e seguro das crianças e dos jovens brasileiros, indicador de desigualdades socioeconômicas inaceitáveis no Brasil contemporâneo.

As duas seções que seguem esta introdução tecem uma síntese sobre a concepção contemporânea e as formas de enfrentamento do trabalho infantil, a partir da internalização do capitalismo industrial no Brasil anteriormente à vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), marco referencial de implementação das políticas e programas visando à inclusão das parcelas sociais mais vulnerabilizadas.

A seção seguinte apresenta os eixos considerados integrantes da política – em sentido lato – de combate ao trabalho infantil: transferência de renda para as parcelas populacionais em situação de extrema vulnerabilidade, especificamente o programa Bolsa Família, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e a Previdência Rural; o estabelecimento de marco regulatório e do arranjo interinstitucional responsável pela sua efetividade, formados pela atuação da Inspeção do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, da Justiça do trabalho e dos Conselhos Tutelares; e o processo de ressignificação cultural desse fenômeno social, movimento conduzido mundialmente por organizações internacionais, sobretudo a Organização das Nações Unidas (ONU) e a OIT, e internamente por instituições públicas nacionais em articulação com entidades da sociedade civil.

A seção que precede a conclusão é composta pela evolução no período de 1992 a 2019 e pela configuração atual do trabalho infantil no Brasil, bem como pela análise dos fatores que dificultam o seu enfrentamento, a redução do chamado “núcleo duro”, composto pelo trabalho em regime de economia familiar e principalmente pela ocupação no setor informal da economia.

2 Resgate histórico do trabalho infantil moderno

O trabalho infantil é um fenômeno cuja intensidade e manifestação varia regional e historicamente, conforme a estrutura produtiva e os paradigmas culturais vigentes. Apesar das diferenças na evolução, formas de ocupação e participação em relação ao trabalho total, há dois aspectos comuns subjacentes à ocorrência e à persistência do trabalho infantil ao longo do tempo, relacionados à maior vulnerabilidade dos grupos familiares – decorrente, sobretudo, das condições de pobreza, escassez

de recursos para o acesso ao trabalho decente e discriminações de grupos imigrantes ou etnias minoritárias – e à sua percepção cultural como um processo natural da organização social.

A partir da Primeira Revolução Industrial (meados do século XVIII), nos países que inicialmente internalizaram o capitalismo industrial, a exploração intensa e em larga escala da força de trabalho de crianças e adolescentes emergiu como uma questão moral – tendo em vista a fragilidade característica dessa etapa do desenvolvimento humano – e como um aspecto comprometedor, a médio e longo prazo, da produtividade geral do trabalho. Gradativamente, formou-se a compreensão do trabalho precoce como um problema social a ser enfrentado pelo Estado.

Nesse sentido, foram estabelecidas as primeiras legislações nacionais definindo idades mínimas (com diferenciação entre o trabalho de meninas e de meninos), limites máximos de jornada e condições de higiene e salubridade nos ambientes de trabalho.¹ Durante o século XX, a avaliação do trabalho infantil como uma consequência inaceitável da pobreza e das desigualdades econômicas ganhou relevância e generalizou-se mundialmente, promovida principalmente pelos normativos e Convenções da OIT, criada em 1919.²

¹ A primeira legislação sobre o disciplinamento do trabalho de crianças e adolescentes foi promulgada na Inglaterra, em 1802, denominada *The Health and Morals of Apprentices Act*. O normativo tratava das condições de trabalho de jovens nas indústrias têxteis, definindo prescrições sanitárias; limitação da jornada de trabalho (12 horas diárias); limitação ao trabalho noturno e disposições sobre a educação dos menores. Ainda no século XIX, outros países europeus que passavam por processos de industrialização, como a França, a Alemanha (Prússia, Baviera, Saxônia e Confederação Alemã), a Itália e a Áustria, igualmente editaram uma série de normativos para a regulação do trabalho infantil. Na Inglaterra, entre 1802 e 1867, foram editadas 17 leis para a proteção de crianças e adolescentes no trabalho (OLIVEIRA, 2009).

² Atualmente, a OIT dispõe de 26 Convenções que tratam da erradicação do trabalho infantil e da proteção do trabalho de adolescentes, sobressaindo as Convenções nº 138

Com base nas singularidades dos estados nacionais – quanto ao nível de desenvolvimento socioeconômico, à organização dos arranjos políticos e à definição de marcos regulatórios protetivos –, conceberam-se instituições e políticas públicas direcionadas para o enfrentamento dos aspectos estruturais do trabalho infantil: a vulnerabilidade socioeconômica dos núcleos familiares e a percepção cultural do trabalho precoce como fato social desejável ou aceitável.

No Brasil, a força de trabalho de crianças e adolescentes, escravizados ou pobres, a princípio foi incorporada ao processo produtivo dos ciclos extrativistas e das monoculturas.³ A sua utilização intensificou-se durante a primeira etapa da industrialização no País, caracterizada por processos produtivos relativamente mais simples – indústria de bens de consumo, notadamente têxtil e de vestuário, alimentos e bebidas –, que tem início no último quartel de 1800 e se estende até as primeiras três décadas de 1900. A mão de obra infantil, mais barata e suscetível à subordinação, foi extensamente utilizada durante esse período da industrialização nacional.

Assim como ocorreu nos países europeus que participaram da Primeira Revolução Industrial, a normatização interna sobre as condições gerais do trabalho assalariado fabril também se iniciou

(Idade Mínima, 1973) e a Convenção nº 182 (Piores Formas de Trabalho das Crianças, 1999). Em 19/6/1998, resultou da conclusão da Conferência Internacional do Trabalho a “Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho”, assim definidos: I) “a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva”; II) “a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório”; III) “a abolição efetiva do trabalho infantil”; e IV) “a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998).

³ As crianças escravas realizavam tarefas domésticas desde os quatro anos de idade; pastoreavam gado aos oito anos e, aos quatorze anos, já laboravam como os adultos. Depois da abolição da escravidão, crianças órfãs e pobres trabalhavam nas fazendas e casas grandes, onde “eram exploradas e abusadas, mais do que filhos dos escravos que valiam dinheiro e essas não valiam” (CARVALHO, 2010, p. 194).

com a regulação do trabalho de crianças e adolescentes. A primeira norma trabalhista nacional é o Decreto nº 1.313, de 17/1/1891, marco do disciplinamento público sobre o mercado de trabalho, tratando das condições de utilização da mão de obra de menores nas fábricas do Distrito Federal.⁴

A Inspeção do Trabalho também foi formalmente instituída por essa norma, prevendo o legislador – diante das experiências internacionais e da natureza absolutamente assimétrica da relação entre as partes contratantes – a necessidade de monitoramento e fiscalização do Estado para a efetividade dessa legislação. Contudo, a regulação das condições gerais de organização do mercado de trabalho assalariado, incluindo o trabalho de crianças e de adolescentes, manteve-se apenas como dispositivo legal, uma vez que não foram adotadas medidas concretas para a operacionalização da Inspeção do Trabalho.⁵

Diante da não efetividade do marco regulatório, o trabalho infantil alcançou participação significativa na produção fabril nacional, sobretudo entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX. Em 1890, crianças e adolescentes representavam 15% do total de empregados em estabelecimentos industriais e, no setor têxtil da capital paulista, cerca de 25%

⁴Entre outras medidas, o Decreto nº 1.313/1891 proibiu o trabalho de menores de doze anos, autorizou a aprendizagem nas fábricas têxteis a partir de oito anos e estabeleceu diretrizes básicas de higiene nos ambientes de trabalho com a presença de menores (BRASIL, [1992]).

⁵Relatando a inocuidade da legislação trabalhista diante da ausência do poder fiscalizatório do Estado durante a formação do operariado fabril inglês, Marx (2008, p. 321, grifo nosso) registrou: “Logo que a classe trabalhadora, atordoada pelo tumulto da produção, recobra os seus sentidos, tem início a sua resistência, primeiro na Inglaterra, a terra natal da grande indústria. Todavia, as concessões que conquistaram durante três decênios ficaram apenas no papel. De 1802 a 1833, promulgou o Parlamento cinco leis sobre o trabalho; mas, astuciosamente, não votou recursos para a sua aplicação compulsória, para o quadro de pessoal necessário à sua execução. *Eram letra morta*”.

do total de trabalhadores eram formados por esse contingente; vinte anos depois, equivaliam a 30% dos trabalhadores. Em 1919, 37% dos trabalhadores do setor têxtil eram crianças e jovens e, na capital paulista, chegavam a 40% do total de ocupados nessa indústria (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2001).⁶ As crianças e adolescentes trabalhadores pertenciam às famílias mais pobres ou vinham de orfanatos. Além de viabilizar um ofício que garantisse a sobrevivência, o trabalho precoce era visto como necessário para o controle da mendicância e da criminalidade dessa parcela da população.

A partir do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945), abandonando a política liberal até então vigente, o Estado assumiu a condução do processo de reorientação da dinâmica produtiva nacional, promoveu a industrialização como eixo motriz do crescimento econômico e, concomitantemente, estabeleceu condições para a organização social compatível com esse reordenamento. Em 1943, a fixação do salário mínimo e a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como a disponibilidade de suporte material para o funcionamento das instituições voltadas para a sua aplicabilidade – Justiça do Trabalho e Inspeção do Trabalho –, ainda que incipientes e restritas ao meio urbano, foram medidas substanciais para o início da estruturação e regulação do mercado de trabalho assalariado nacional, inclusive do trabalho precoce.⁷

⁶Não é demais lembrar que as crianças trabalhadoras, além de viverem em situação precária, não tinham como se organizar ou participar de atividade sindical.

⁷De 1930 até a CRFB, a política social vigente esteve direcionada para a disponibilidade de direitos exclusivamente para os trabalhadores e empregados urbanos formais, estabelecendo a “cidadania regulada” (SANTOS, 1987, p. 68). Essa expressão é uma síntese da lógica que presidiu o processo de conquista e garantia dos direitos sociais até a vigência da CRFB e cujos reflexos se estendem até hoje e são relevantes para a compreensão das enormes e persistentes desigualdades socioeconômicas.

A CLT apresentava um capítulo específico sobre o trabalho de crianças e adolescentes, definindo em sua redação original a idade mínima de 14 anos e uma série de requisitos referentes às condições de moralidade, saúde e segurança dos ambientes de trabalho, além de criar a aprendizagem profissional (BRASIL, [2022b]).⁸ Posteriormente, durante o regime militar, a inclusão do § 2º no art. 405 validou, explicitamente, o trabalho de jovens e adolescentes como uma situação legítima para a subsistência própria e de seus familiares. A previsão jurídica reforçou a naturalização social do trabalho precoce e consagrou essa atividade como uma fonte legítima de renda para a sobrevivência dos jovens pobres e de suas famílias.⁹

O padrão de desenvolvimento capitalista internalizado a partir de 1930 e a oferta superabundante de trabalho em relação à demanda existente, aliados à baixa efetividade da legislação trabalhista e à força do controle estatal sobre o movimento sindical, convergiram para a formação, no Brasil, de um mercado de trabalho caracterizado por dois aspectos: coexistência de ocupações formais e informais, e elevada desigualdade na distribuição da renda gerada internamente.¹⁰

⁸ Apesar da previsão na CLT, a aplicação sistemática da legislação sobre a aprendizagem profissional somente ocorreu a partir da reorganização e fortalecimento dos arranjos institucionais direcionados para a promoção das políticas públicas sociais e de regulação do mercado de trabalho, decorrentes da implementação da CRFB.

⁹ Conforme a CLT, art. 405, § 2º, redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28/2/1967, “[o] trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do juiz de menores, ao qual cabe verificar se a ocupação do menor é indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à moralidade do menor” (BRASIL, [2022b]).

¹⁰ Sintetizando a persistência da dualidade formalidade / informalidade no mercado de trabalho nacional, Cardoso (2013, p. 75) afirma: “É verdade que a urbanização significou condições cada vez melhores do mercado de trabalho (mas ainda assim muito ruins) por comparação com o emprego rural, ao menos até meados da década de 1970, quando a taxa de formalização dos empregos atingiu 60% da População

Além da segmentação no mercado de trabalho – entre trabalhadores formais e informais –, a dinâmica econômica vigente durante o regime militar orientou-se pelo crescimento econômico sustentado na regulação estatal visando à contenção do salário mínimo (um dos fatores que contribuíram para a crescente desigualdade) e à conformação do mercado de trabalho com ampla dispersão salarial e prevalência de postos de trabalho situados na base da pirâmide remuneratória (CORIAT; SABÓIA, 1988, p. 19). A despeito do desempenho favorável da economia brasileira, com taxa de elevação anual do Produto Interno estimado em 4,14% para o período de 1930 a 1980¹¹, e da modernização da estrutura produtiva interna – industrial e de prestação de serviços –, não foram implementadas políticas públicas com o objetivo de articular o crescimento econômico com o desenvolvimento social, especificamente o enfrentamento da pobreza extrema e das suas manifestações. A inclusão social das parcelas mais vulneráveis da população não fez parte desse projeto político.

Nesse ambiente de cisão política e socioeconômica entre cidadãos (trabalhadores formais) e excluídos (trabalhadores informais), e de compressão dos salários da base ocupacional, o trabalho precoce – a partir de 14 anos de idade – persistiu como um fenômeno social naturalizado, previsto juridicamente como contribuição dos adolescentes para a sobrevivência familiar.

Economicamente Ativa. Mas essa taxa se mostrou um teto para as relações de trabalho reguladas pelo Estado, que caíram a menos de 50% durante os anos de 1980 e a perto de 42% nos anos de 1990, apenas para retornar aos mesmos 50% nos anos mais recentes”.

¹¹ Entre 1930 e 1980, a trajetória de crescimento anual médio do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro foi superada apenas pelo desempenho da Venezuela, com taxas médias anuais estimadas em 4,99%. Essa tendência foi interrompida a partir de 1980, quando o crescimento médio anual até 1999 foi de 2,1% acima da evolução demográfica, porém abaixo do comportamento da economia mundial, das nações periféricas e do centro do capitalismo mundial (POCHMANN, 2002, p. 36).

3 Contextualização originária da política de combate ao trabalho infantil no Brasil

A CRFB é o marco divisor da reorganização do Estado brasileiro na garantia dos direitos e promoção da inclusão social da população mais vulnerável. Anteriormente, o acesso à escassa rede pública de saúde e à proteção social em situações de inatividade forçada, causada por enfermidade, incapacidade e velhice (pensão, aposentadoria e benefícios previdenciários), estava condicionado à formalização da relação de emprego.

Durante a mobilização política pelo retorno da ordem democrática, em meados da década de 1980, lideranças partidárias e representantes de setores da sociedade civil – dirigentes sindicais, membros de congregações religiosas e profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social – organizaram-se para pautar, na agenda pública, a inclusão de grande parcela dos brasileiros que permaneceram à margem do dinamismo econômico. A lógica política da cidadania restringida – acesso aos direitos sociais dependente da forma de inserção no mercado de trabalho – e o padrão salarial concentrador de renda convergiram para a formação de uma sociedade marcada por acentuada desigualdade, com grandes contingentes da população vivendo em situação de extrema pobreza.¹²

Resultante do processo de redemocratização e reorganização política, a CRFB estabeleceu juridicamente a universalização da cidadania. Assegurou a todos os brasileiros, independentemente do tipo de inserção no mercado de

trabalho, acesso a serviços públicos gratuitos de saúde e educação; institucionalizou a assistência social, que perdeu a sua conotação de voluntariedade caridosa, sujeita às conjunturas governamentais; e garantiu proteção social diferenciada para grupos da população então reconhecidos como especialmente fragilizados – crianças e adolescentes, incapacitados para o trabalho e idosos. A erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais tornaram-se, formal e efetivamente, objetivos sob a responsabilidade do Estado brasileiro.

Ao garantir amparo constitucional para as futuras políticas públicas de promoção da cidadania para as crianças e adolescentes, as diretrizes constitucionais de 1988 estabeleceram: I) previsão da assistência social, a ser “prestada a quem dela necessitar”, tendo como objetivos “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” e “o amparo às crianças e adolescentes carentes” (art. 203); II) universalização qualificada da educação básica gratuita dos 4 aos 17 anos, incluindo a responsabilização das autoridades competentes e a definição de percentuais mínimos dos orçamentos públicos a serem obrigatoriamente utilizados na manutenção e melhoria desse setor (arts. 205, 208 e 212); e III) proteção integral das crianças e adolescentes, dotados prioritariamente de direitos ao desenvolvimento integral e expressamente resguardados de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227 (BRASIL, [2022a])).¹³

¹² Durante o regime militar (1964-1985), o crescimento econômico não esteve articulado ao desenvolvimento social, que ficou à mercê, exclusivamente, do padrão de organização e gestão do mercado de trabalho. Dessa conjuntura política, emergiu uma sociedade marcada pela contradição entre elevados índices de crescimento econômico *vis-à-vis* a pobreza de grande maioria da população.

¹³ A denominada *Doutrina da Proteção Integral*, internalizada na CRFB, atribuindo às crianças a condição de cidadãos em desenvolvimento prioritária e integralmente amparados pelo Estado, está expressa na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20/11/1989, vigente a partir de 2/9/1990. Tratado internacional sobre direitos humanos de maior adesão mundial, foi ratificado por 196 países, incluindo o Brasil. Apesar da adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança ter ocorrido em 1989, posteriormente à promulgação da CRFB, a sua redação final foi o resultado de discussões sistemáticas, que mobilizou representantes dos países signatários, entre

O combate ao trabalho de crianças e adolescentes, formulado como política pública nacional, foi objeto do I Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Trabalhador Adolescente, produto dos trabalhos realizados pela Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (Conaeti), divulgado em 2004.¹⁴ Em sua primeira versão, o Plano Nacional discute as causas originárias e faz um diagnóstico da situação do trabalho infantil e de adolescentes e apresenta um Plano de Ação para o desenvolvimento durante o Plano Plurianual (PPA) de 2004-2007.¹⁵

4 Construção das políticas de combate ao trabalho infantil

A reflexão apresentada neste artigo não trata da política de combate ao trabalho precoce com base na formulação e avaliação das estratégias e ações previstas nos Planos Nacionais.

os quais o Brasil, durante dez anos. A previsão do art. 27 da CRFB (BRASIL, [2022a]) é uma síntese da declaração de compromisso nacional visando à proteção integral da infância, contida na Convenção da ONU.

¹⁴ A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho infantil (Conaeti) foi estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), mediante a Portaria nº 362, de 12/9/2002.

¹⁵ Estratégias de atuação integrantes do I Plano: I) análise, promoção de estudos e pesquisas, integração e sistematização de dados a respeito de todas as formas de trabalho infantil; II) análise do arcabouço jurídico relativo a todas as formas de trabalho infantil e do adolescente; III) monitoramento, avaliação, controle social e fiscalização para a prevenção e erradicação do trabalho infantil; IV) garantia de uma escola pública e de qualidade para todas as crianças e adolescentes; V) implementação de ações integradas de saúde; VI) promoção de ações integradas na área de comunicação; VII) promoção e fortalecimento da família na perspectiva de sua emancipação e inclusão social; VIII) garantia da consideração da equidade e diversidade; IX) enfrentamento das formas específicas de trabalho infantil (crianças envolvidas em atividades ilícitas, no trabalho infantil doméstico e nas atividades informais das zonas urbanas); X) promoção da articulação institucional quadripartite; e XI) recursos humanos, materiais e financeiros (BRASIL, 2004b). Posteriormente, o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Trabalhador Adolescente passou por duas atualizações, para os períodos 2011-2015 e 2019-2022 (BRASIL, 2011, [2018]).

O que estamos aqui denominando política de combate ao trabalho infantil é uma abordagem própria, na qual a categoria *política* é utilizada em sentido amplo, contemplando um rol de intervenções contínuas que sistematizam, em nossa avaliação, os eixos de atuação do Poder Público e da sociedade civil organizada, a partir da CRFB. Tomamos como referencial para essa definição medidas direcionadas a atuar sobre a condição material subjacente (mitigação da vulnerabilidade familiar), o fortalecimento da institucionalidade protetiva (garantia da efetividade do marco regulatório) e a desnaturalização desse fenômeno social (sensibilização para a sua problematização).

Nesse sentido, a política de combate ao trabalho infantil, iniciada na década de 1990, compreende: I) políticas e programas de transferência de renda (de natureza assistencial ou previdenciária) para grupos sociais e famílias em situação de extrema pobreza; II) estabelecimento de normativos legais concomitantes à especialização e fortalecimento do arranjo interinstitucional visando ao monitoramento, fiscalização e responsabilização dos empregadores de crianças e adolescentes; e III) ressignificação da valoração cultural do trabalho infantil, objetivando a desnaturalização desse fenômeno e o esclarecimento sobre os seus malefícios diretos (para as famílias e crianças envolvidas) e indiretos (para a sociedade em geral, por suas repercussões na pobreza intergeracional, educação e profissionalização da população e produtividade econômica).

4.1 Políticas de transferência de renda

O trabalho precoce é uma das etapas do ciclo da pobreza intergeracional, decorrente, via de regra, da inexistência de renda diante do desemprego ou da incapacidade para o trabalho; da ocupação em atividades precárias, sobretudo no mercado de trabalho informal, incluindo a

mendicância disfarçada; e das insuficiências (quantidade e qualidade) da rede de serviços públicos de habitação, saúde, educação básica e qualificação profissional. Esse é o ambiente socioeconômico no qual o trabalho de crianças e adolescentes tende a ser utilizado como fonte de renda para as famílias em situação de maior vulnerabilidade.

As políticas públicas de transferência de renda associadas à promoção de ações socioeducativas foram inicialmente implementadas em 1995, em Campinas e no Distrito Federal. Gradativamente incorporadas por outros governos, convergiram para a criação, em 2001, do Programa Nacional de Renda Mínima Vinculada à Educação – Bolsa Escola Nacional – unificando e institucionalizando os critérios e condições de suporte financeiro da União para os entes municipais.¹⁶

O programa Bolsa Escola destinava-se a famílias com limite máximo de renda *per capita* estabelecido pelos programas municipais, com crianças na faixa etária entre 6 e 15 anos, visando à sua permanência na escola. O combate ao trabalho infantil não aparecia como objetivo desse programa, mas contribuía para o seu enfrentamento na medida em que a manutenção do benefício para as famílias estava condicionada à comprovação da frequência escolar das crianças e adolescentes (Lei nº 10.219/2001 (BRASIL, 2001)).

Baseados na transferência direta de renda para parcelas da população em situação de extrema pobreza, foram instituídos entre 2001 e 2003

os programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Auxílio Gás e Cartão Alimentação. Em 2004, as clientelas dos quatro programas foram incorporadas no Cadastro Único (CadÚnico), e os benefícios unificados com a criação do Programa Bolsa Família (PBF).

Visando diretamente ao combate do trabalho infantil, em 1996 foi criado o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), motivado por denúncias da OIT sobre a presença de crianças encontradas trabalhando durante ações da Inspeção do Trabalho realizadas em carvoarias de Mato Grosso. Além desse estado, o Peti estendeu-se, a princípio, para Pernambuco, Sergipe, Bahia e Rondônia. Sua cobertura foi progressivamente ampliada até alcançar todos os estados da federação e, em 2005, foi integrado ao Programa Bolsa Família. Posteriormente, em 2011, no âmbito da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), o Peti foi incorporado à Política Nacional de Assistência Social, com as alterações definidas pela Lei nº 12.435/2011.

A internalização dos objetivos e da clientela do Peti no PBF promoveu a unificação das famílias no CadÚnico, disponibilizando a rede de serviços públicos destinados aos cidadãos que se encontram em situação de pobreza extrema.¹⁷ A integração garantiu o direito ao benefício de uma renda mensal para as famílias nas quais fossem encontradas crianças e adolescentes trabalhando, independentemente da atividade, mediante as ações da Inspeção do Trabalho e da Busca Ativa, conduzida pelos conselhos tutelares municipais.

Os limites de renda *per capita* para a caracterização da pobreza e da extrema pobreza, condicionantes para o acesso ao PBF, estavam estipulados em R\$ 178 e R\$ 89 respectivamente. Avaliando os impactos do PBF na minoração da

¹⁶ A concessão de uma renda básica para todos os brasileiros, “suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde”, e independentemente de qualquer condicionalidade, já integra o marco regulatório nacional: a Lei nº 10.835/2004, de autoria de Eduardo Suplicy (PT-SP), instituiu a Renda Básica de Cidadania como um direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País há pelo menos 5 anos. Entretanto, essa Lei permanece inócua por falta de regulamentação (BRASIL, 2004a).

¹⁷ O CadÚnico também é utilizado para a seleção de beneficiários dos programas Tarifa Social de Energia Elétrica, ID Jovem, Carteira do Idoso, Minha Casa Minha Vida e Programa Bolsa Verde.

pobreza extrema, estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), baseado nas PNADs de 2001 a 2015 e na PNAD contínua de 2016 a 2017, afirma que o programa é “peça fundamental no sistema de proteção social brasileiro” (SOUZA; OSORIO; PAIVA; SOARES, 2019, p. 29).

Apesar de absorver menos de 0,5 do PIB e do reduzido montante repassado para as famílias (valor médio em torno de R\$ 180,00), graças à sua extensa cobertura (14 milhões de famílias alcançadas) e à boa focalização (benefícios direcionados para os estratos mais empobrecidos da população), o estudo avalia que o PBF conseguiu reduzir a pobreza e a extrema pobreza em percentuais que variam entre 1 p.p. e 1,5 p.p. Em 2017, significou a redução de 15% do quantitativo de pobres e 25% do total de extremamente pobres. Em outros termos, em razão dos valores transferidos pelo PBF, 3,4 milhões de brasileiros deixaram a condição de extrema pobreza e 3,2 milhões a situação de pobreza (SOUZA; OSORIO; PAIVA; SOARES, 2019, p. 29).¹⁸

Além do PBF, no âmbito da política de assistência social baseada na transferência de renda, o combate ao trabalho infantil também é favorecido pelo Benefício de Prestação Continuada (BPC). Instituído pela CRFB e regulamentado pela Loas em 1993, o BPC garante o direito ao valor de um salário mínimo para idosos com mais de 65 anos e pessoas com deficiência vivendo em famílias cuja renda *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo.

Apesar de não ser objetivo imediato do BPC, a concessão do benefício de um salário mínimo certamente repercute na menor necessidade de utilização do trabalho infantil como alternativa para o aumento da renda familiar dos beneficiários. Em 2019, foram alcançados 30,9 milhões de brasileiros, sendo 21,7 milhões de idosos e 9,2 milhões de pessoas portadoras de deficiência (BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2020).

O enquadramento legal dos trabalhadores rurais na condição de segurados especiais – incorporados ao sistema de seguridade social instituído pela CRFB no âmbito da previdência social – é outro fator

¹⁸ Os efeitos positivos dos programas de transferência direta de renda para parcelas em situação de vulnerabilidade socioeconômica, especialmente aquelas com dificuldades – estruturais ou conjunturais – de acesso ao trabalho decente, foram evidenciados durante a pandemia da Covid-19, quando, diante da situação de emergência em saúde pública, foi instituído o Auxílio Emergencial (Lei nº 13.982/2020), prevendo o pagamento de parcelas mensais com valor mínimo de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para a população em condição de vulnerabilidade. Em 2020 foram alcançadas mais de 66 milhões de pessoas e, em 2021, o total foi reduzido para 39,2 milhões de beneficiados. Estudo divulgado pelo Centro de Pesquisa Social da Fundação Getulio Vargas (FGV)/São Paulo, conduzido pelo pesquisador Marcelo Neri, estimou que 15 milhões de brasileiros beneficiados saíram da linha de pobreza, redução de 23,7% em comparação com 2019 (NITAHARA, 2020).

relevante para a melhoria das condições materiais de famílias que anteriormente viviam em condição de extrema pobreza. A previdência social para trabalhadores rurais é uma política pública de resgate da cidadania para homens e mulheres sujeitos a condições de trabalho absolutamente precárias, caracterizadas, em sua maior parte, por trabalho em regime de economia familiar ou em sistemas de parcerias informais.

Independentemente de contribuição e condicionada à comprovação do exercício de atividades rurais, a aposentadoria por idade – 55 para mulheres e 60 para homens – garante um salário mínimo para esses trabalhadores, impactando diretamente na redução da pobreza intergeracional e diminuição do trabalho infantil nas zonas rurais do País. Em 2019, recebiam aposentadoria rural 29,3 milhões de brasileiros, sendo a imensa maioria, 28 milhões, aposentadoria por idade.¹⁹

4.2 Formação do arranjo interinstitucional e composição do marco regulatório

A legislação que tem respaldado as políticas de combate ao trabalho precoce fortaleceu-se, a princípio, com a regulamentação do Princípio da Proteção Integral à criança e ao adolescente, incorporado na CRFB e na Lei nº 8.069, de 13/7/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).²⁰ Esse normativo define crianças e adolescentes como detentores de prioridade no acesso à integralidade dos direitos sociais e determina a garantia dessa proteção como responsabilidade da família, da sociedade e do Estado.

O Estatuto contempla aspectos relacionados à promoção do pleno desenvolvimento físico, intelectual e psíquico das crianças e adolescentes, considerados cidadãos portadores do futuro da sociedade.²¹ O acompanhamento e monitoramento das suas diretrizes estão sob a responsabilidade do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), dos seus congêneres estaduais e municipais, e dos Conselhos Tutelares.

¹⁹ A regulação da aposentadoria dos trabalhadores rurais e seu enquadramento na condição de segurados especiais está prevista, inicialmente, na Lei nº 8.213/1991, que instituiu o Plano de Benefícios de Previdência, e em alterações posteriores: Leis nºs 9.063/1995, 11.368/2006 e 11.718/2008.

²⁰ “O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a implementação de um Sistema de Garantia de Direitos (SGD) e de um Sistema de Proteção, detalhando como se podem implementar os direitos das crianças e adolescentes, a quem cabe garantir esses direitos, estabelecendo também um sistema de denúncias” (BRASIL, 2004b, p. 19).

²¹ O ECA define como crianças as pessoas com idade até 12 anos incompletos e adolescentes com 12 a 18 anos. Em seu art. 4º, prevê: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, [2022c]).

Integram os Conselhos membros indicados pelo Poder Público e por entidades não governamentais de promoção dos direitos das crianças e adolescentes. Os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares são corresponsáveis pelas ações de combate ao trabalho infantil, atuando no Ministério Público e no Juizado da Infância e da adolescência.

Em relação ao ingresso no mercado de trabalho, a Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998 elevou para 16 anos a idade mínima, mantendo a idade de 14 anos somente para a situação de aprendizagem profissional, prevista na CLT. Fixado o limite de 16 anos para o ingresso no trabalho formal, o Decreto nº 6.481, de 12/6/2008 (BRASIL, 2008), regulamentou artigos da Convenção OIT nº 182, definindo as atividades e condições de trabalho constitutivas da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (TIP).

Estão incluídas na TIP atividades e ambientes de trabalho gravemente prejudiciais à saúde, segurança e moral de crianças e adolescentes. São ocupações proibidas para menores de dezoito anos, salvo em situações especiais, previamente autorizadas por autoridades competentes, ouvidas entidades de classe representantes de empregadores e trabalhadores, ou peritos, mediante a emissão de parecer técnico especializado em saúde e segurança no trabalho.²² A TIP norteia o planejamento e a execução das ações fiscais visando à eliminação do trabalho infantil e à regularização do trabalho de adolescentes.

Além do ECA e da TIP, a Aprendizagem Profissional (atualizada pela Lei nº 10.097/2000) compõe o marco regulatório de combate ao trabalho precoce no País. A norma vigente prevê a obrigatoriedade de estabelecimentos, de qualquer natureza, de empregar e viabilizar a

²² A TIP tem dois eixos: o primeiro relaciona 89 situações (atividades e ambientes) prejudiciais à saúde e segurança; e o segundo elenca 4 situações ou atividades prejudiciais à moralidade de crianças e adolescentes (BRASIL, 2008).

capacitação técnico-profissional de jovens entre 14 e 24 anos, em proporção que pode variar entre 5% e 15% do total de empregados nas funções que demandam formação profissional (BRASIL, [2022d]).

A Aprendizagem Profissional é realizada simultaneamente na empresa – proporcionando a experiência prática e a socialização no ambiente de trabalho – e em instituições de formação profissional previamente qualificadas – promovendo a capacitação técnica. Tendo em vista a sua natureza impositiva, motivada pela responsabilidade social e econômica dos empresários, e a possibilidade de conjugar formação teórica e experiência prática, é um instrumento legal importante para a capacitação e formalização do trabalho de adolescentes. Direcionada para adolescentes e jovens adultos, contribui para o acesso ao trabalho protegido da parcela social mais afetada pelo desemprego.²³

Simultaneamente às inovações legislativas constituídas pela criação do ECA, à elaboração da Lista TIP e à modernização da Aprendizagem Profissional, o Estado organizou-se no sentido de intensificar a efetividade dos dispositivos regulatórios. As instituições públicas que atuam na regulação do trabalho estabeleceram e consolidaram instâncias especializadas para o combate ao trabalho infantil e proteção do trabalho de adolescentes. Inspeção do Trabalho, Ministério

²³ “Segundo informações divulgadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência em janeiro de 2022, com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada em 2019, jovens entre 18 e 29 anos representavam 28% da força de trabalho no Brasil”. Desse total, “entre os jovens da faixa etária de 14 a 17 anos, 39,2 % estavam desocupados, ou seja, sem trabalho ou estudo” e “60,8% tinham algum tipo de ocupação”. Para o total de ocupados (60,8%), 83,6% trabalhavam na informalidade. O número de contratos de jovens aprendizes entre 2016 e 2019 passou de 368.818 para 481.284, representando “menos de 8% do total de jovens da faixa etária entre 14 e 24 anos ocupados no mundo do trabalho em 2019”. Em 2020, dados do Ministério da Economia informam o registro de 393.920 contratos de aprendizagem; em julho de 2021, havia 461.548 contratos ativos no País (O IMPACTO..., 2022).

Público do Trabalho e Magistratura do Trabalho, em parceria com entidades da sociedade civil, compõem um arranjo interinstitucional voltado para esse objetivo comum, com atuação direcionada e contínua para a prevenção, fiscalização e punição dos empregadores responsáveis pela utilização do trabalho precoce nos setores formal e informal da economia.

A Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão central de planejamento e execução da Inspeção do Trabalho, instituiu em 1994 a Divisão de Fiscalização do Trabalho Infantil e a Divisão de Articulação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente, direcionadas para a especialização do planejamento e realização de ações fiscais contínuas de combate ao trabalho infantil e de regularização do trabalho de adolescentes, mediante a Aprendizagem Profissional. A verificação da ocorrência de trabalho infantil e a adoção das medidas cabíveis – a retirada de crianças e adolescentes encontrados trabalhando, a autuação do empregador e a realização do pagamento devido – tornaram-se rotinas incorporadas à totalidade das fiscalizações realizadas nos estabelecimentos formais.

Grupos Especiais de Combate ao Trabalho Infantil e Proteção dos Trabalhadores Adolescentes (Gectipas) priorizam atividades constantes da TIP, realizando ações fiscais em setores e eventos mapeados como focos de utilização do trabalho precoce nos meios urbano e rural. Atuam em parceria com os conselhos municipais tutelares e com o Ministério Público do Trabalho, objetivando a garantia dos direitos das crianças e adolescentes e a identificação e punição dos responsáveis.²⁴

Ações fiscais para o cumprimento das cotas de aprendizagem devidas pelas empresas são conduzidas por grupos específicos de auditores fiscais, articulados com os Gectipas estaduais e com as instituições de formação previamente qualificadas para a capacitação profissional de jovens trabalhadores. Jovens egressos das ações fiscais de combate ao trabalho infantil são encaminhados para o preenchimento das cotas legais de aprendizagem.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) dispõe da Coordenação Nacional de Combate à Exploração da Criança e do Adolescente, instância especializada do MPT com representantes nas Procuradorias Regionais, que visa à promoção de ações uniformes e coordenadas nessa área de atuação.²⁵ Em situações de danos coletivos, o MPT e a Inspeção

²⁴ Concomitantemente às ações fiscais, os Gectipas também operam preventivamente nas prefeituras municipais, visando à eliminação do trabalho infantil em logradouros públicos, como aterros para descarga de lixo, feiras livres, praias e nas festas populares tradicionais.

²⁵ As principais áreas de atuação dessa coordenação são, entre outras, a promoção de políticas públicas para a prevenção e erradicação do trabalho infantil informal, efetivação da aprendizagem, proteção do atleta mirim, o trabalho infantil artístico, a exploração sexual comercial, autorizações judiciais para o trabalho antes da idade mínima, o trabalho infantil doméstico, trabalho em lixões.

do Trabalho articulam-se celebrando Termos de Ajustamento de Conduta e apresentando denúncias para a Justiça do Trabalho.

A participação da Justiça do Trabalho na luta pela erradicação do trabalho infantil acentuou-se com a instituição oficial da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil e de Proteção ao Trabalho Decente do Adolescente. Uma das tarefas propostas à época foi a realização, a cada dois anos, do Seminário Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, que passou a compor o calendário oficial do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Em 2016, essa Comissão foi ampliada, tornou-se um programa institucional denominado Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem e incorporou o debate e incentivo à efetivação da aprendizagem de jovens a partir de 14 anos, como prevê o art. 7º, XXXIII, da CRFB.

A atuação da Justiça do Trabalho inclui a realização de seminários nacionais e internacionais e, anualmente, da Semana Nacional de Aprendizagem; a participação em audiências públicas nos estados e no Congresso Nacional; a publicação de cartilhas e a promoção de campanhas publicitárias de conscientização sobre os malefícios do trabalho infantil.

Em 2003, a criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (Conaeti) institucionalizou a participação de setores da sociedade civil no combate ao trabalho precoce. Representantes do governo e de entidades de classe, dos trabalhadores e empregadores também têm assento nesse colegiado. Entre os seus objetivos constam a elaboração, monitoramento e avaliação da execução do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, a verificação da conformidade da legislação nacional com as diretrizes das Convenções nºs 138 e 182 da OIT, e a parceria com outras instâncias governamentais e da sociedade civil.

Iniciativa importante no âmbito da política educacional foi a criação, em 2007, com apoio do Governo Federal, do Programa Mais Escola para a ampliação do conteúdo e frequência das ações socioeducativas implementadas por escolas públicas das redes estadual e municipal.²⁶ Esse programa contribui para o combate ao trabalho infantil, ao possibilitar a extensão da jornada escolar e a melhoria no acesso aos serviços integrados do Sistema Único de Assistência Social (Suas) (BRASIL, 2007).

Outras políticas de inclusão social articulam-se com a política educacional: o Programa Universidade para Todos (Prouni) (Lei nº 11.096/2005) prevê a concessão de bolsas de estudos de 50% ou 25% para brasileiros com renda familiar de até 3 salários mínimos; a implementação

²⁶ O Programa Mais Escola foi criado pela Portaria Interministerial nº 17, de 24/4/2007. Foi atualizado pela Portaria nº 1.144, de 14/10/2016, que instituiu o Programa Novo Mais Educação. Em sua nova versão, o combate ao trabalho infantil não aparece como um dos seus objetivos.

da Política de Cotas (Lei nº 12.711/2012) define a concessão de 50% de vagas nas universidades públicas federais para estudantes que cursaram ensino médio em escolas públicas; e o Programa Nacional de Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), criado para promover a educação profissional de nível médio prioritariamente para jovens estudantes da rede pública e integrantes de famílias beneficiárias dos programas de transferência de renda.

4.3 Resignificação cultural da percepção e valoração do trabalho infantil

Tão importante quanto os fatores mencionados – que atuam no sentido de minorar a carência material (políticas de transferência de renda) e de garantir a regulação do trabalho infantil e de adolescentes (fortalecimento do arranjo interinstitucional protetivo) – tem sido o processo de sensibilização social para transformar a percepção e valoração cultural do trabalho precoce.

Esse aspecto extrapolou os normativos regulatórios nacionais e tornou-se objeto de conferências mundiais, entre as quais são mais representativas: a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989 na Assembleia Geral da ONU (tratado internacional com maior número de signatários, 196 países); a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança (resultante do Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, em 1990); e as Convenções nºs 138 (Sobre a Idade Mínima para Admissão no Trabalho, ratificada em junho de 2001) e 182 da OIT (Sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação, ratificada em fevereiro de 2000).

Além das conferências e tratados internacionais, a Marcha Global contra o Trabalho Infantil, realizada na Holanda em fevereiro de

1997, reunindo representantes de 23 países e de 27 entidades da sociedade civil, foi um marco importante para a visibilidade e conscientização mundial sobre esse problema. Em 2002, durante a Conferência Anual do Trabalho, a OIT apresentou o primeiro Relatório Global sobre o Trabalho Infantil e instituiu o dia 12 de junho como Dia Mundial contra o Trabalho Infantil.

Mais recentemente, em 2015, os 193 países membros da ONU reuniram-se e deliberaram que a erradicação da pobreza em todas as suas dimensões é o maior desafio mundial e condição necessária para o desenvolvimento sustentável. Desse encontro resultou o documento *Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Entre os 17 objetivos da Agenda 2030, consta a promoção do Trabalho Decente e Crescimento Econômico, que tem como uma das suas 10 metas

[t]omar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas (TRANSFORMANDO..., 2015, p. 27).

Internamente, como está relatado no I Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente, nos anos 1990 a mídia introduziu o tema de maneira crítica, embora muitos meios de comunicação ainda se orientassem de acordo com o antigo paradigma. Pesquisadores dedicaram-se a essa temática, resultando numa bibliografia específica, com abordagens teóricas e experiências sobre as determinações e políticas para o enfrentamento do trabalho infantil, que durante décadas passou despercebido (BRASIL, 2004b, p. 26).

Em 1994 foi criado o Fórum Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), conquista das entidades não governamentais que operam nessa área. Instância autônoma de controle social, coordena a Rede Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, formada por 27 Fóruns Estaduais de Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, por 48 entidades da sociedade civil organizada e inclui a participação de representantes do governo federal, de trabalhadores e empregadores. Essa entidade contribui para a visibilidade, denúncia e proposição de medidas e políticas direcionadas para a eliminação do trabalho infantil, visto como uma prática incompatível com o grau de desenvolvimento socioeconômico e com os valores contemporâneos da sociedade brasileira. Tem como um dos seus objetivos “propor estratégias de sensibilização com vistas a desconstruir e mudar os padrões simbólico-culturais que naturalizam o trabalho infantil” (O QUE..., [2019?]).²⁷

Anualmente, em parceria com a OIT, com grupos de comunicação, grandes empresas e entidades religiosas, o FNPETI promove a Campanha Nacional para a Erradicação do Trabalho Infantil. A Lei nº 11.542/2007 instituiu 12 de junho como o Dia Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, quando são realizados a divulgação da Campanha Nacional e eventos com essa temática. Ativistas, personalidades do meio artístico e servidores públicos – nas três esferas do Estado – mobilizam-se com o propósito de noticiar, refletir, agregar experiências e promover a conscientização da sociedade brasileira para o combate ao trabalho precoce no País.

Atuando em parceria com as redes de ensino fundamental, de assistência social e de saúde

pública nos estados e municípios, as instituições públicas alcançam salas de aula, Centros de Referência de Assistência Social (Cras) e Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), sensibilizando professores e alunos, servidores e prestadores de serviço e as famílias assistidas sobre a necessidade de eliminação do trabalho precoce para a interrupção do ciclo da pobreza intergeracional e o desenvolvimento social e econômico do País.

O movimento sindical nacional incorporou essa pauta em seu rol de reivindicações e tornou-se atento à relação de causalidade entre a precarização das relações de trabalho, as condições de exploração dos trabalhadores e a persistência do trabalho infantil no País. A partir da década de 1990, cláusulas ressaltando a vedação da utilização do trabalho infantil e prevenindo a garantia de direitos para os trabalhadores adolescentes foram incluídas nos instrumentos coletivos acordados (BRASIL, 2004b, p. 27).

5 Evolução recente e caracterização do trabalho infantil e adolescente

Desde meados da década de 1990, quando se iniciam as intervenções do Poder Público e de setores da sociedade civil, o combate ao trabalho infantil no Brasil tem sido um processo relativamente bem-sucedido. Entre 1992 e 2019, o total de crianças e adolescentes trabalhando baixou de 7,8 milhões para 1,8 milhão, o equivalente a 4,6% do total da população brasileira entre 5 e 17 anos. Desse total, 1,3 milhão estava inserido no mercado de trabalho, sobretudo no setor informal da economia, ao passo que 463 mil trabalhavam para o autoconsumo. Entre 1992 e 2003, a diminuição foi da ordem de 33,46%, ao passo que entre 2004 e 2015 o quantitativo de crianças e adolescentes trabalhando decresceu em 49,73% (BRASIL, [2018]; FÓRUM NACIONAL

²⁷ A naturalização faz com que essa prática inaceitável seja defendida até por autoridades que deveriam atuar na conscientização da sociedade.

DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL, 2015).

Considerando as informações da PNAD 2019, do total de 1,8 milhão de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, 21,3% tinham entre 5 e 13 anos (378 mil crianças), 25% entre 14 e 15 anos (450 mil adolescentes) e pouco mais da metade, 53,7%, era constituída por jovens entre 16 e 17 anos de idade (954 mil adolescentes). Os homens são a maioria dos trabalhadores infantis e adolescentes, alcançando 66,4% desse universo (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020a).²⁸ Declararam que trabalhavam e estudavam 96,4% e, fazendo-se a desagregação por faixa etária, constata-se que 99% das crianças entre 5 a 13 anos de idade eram estudantes, e 84,5% dos jovens entre 16 e 17 anos trabalhavam e estudavam. Desse total, ocupavam a condição de empregados 57,7%, ao passo que 11,5% informaram estar trabalhando por conta própria ou como empregador, e 30,9% como trabalhador familiar auxiliar. O setor de Comércio e Reparação absorvia 27,4% do total de ocupados; 24,2% laboravam em Atividades Agrícolas; 7,1% eram trabalhadores domésticos e 41,2% estavam inseridos em outras atividades. Constatou-se também que 83% da população entre 5 e 13 anos de idade trabalhavam até 14 horas por semana e estavam, em sua maioria (58%), inseridas em atividades para o autoconsumo (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020a).

²⁸ Ressalte-se que o quantitativo total captado nas pesquisas do IBGE é subdimensionado, visto que não alcança a parcela de crianças e adolescentes cooptadas e submetidas a atividades ilícitas, principalmente o narcotráfico e a exploração sexual. A proporcionalidade notoriamente crescente de crianças e adolescentes exploradas em atividades ilícitas, sobretudo nos grandes centros urbanos, deve ser considerada na análise evolutiva dessa temática. Entretanto, como há equivalência na metodologia estatística para a mensuração da ocupação nas atividades lícitas desde o início da captação dessas informações, o resultado tem validade para o período analisado.

A pesquisa apresenta a estimativa de 74,1% dos jovens entre 16 e 17 anos de idade como trabalhadores informais, distribuídos no setor privado e no trabalho doméstico (66,6%), em atividades familiares (20,1%) e como trabalhadores por conta própria e empregadores (13,3%) (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020a).

Para o mercado de trabalho em geral, desde 2012 a participação dos empregados informais em relação ao total de assalariados mantém-se relativamente estável, com média em torno de 27%. Entre 2012 e 2019, os menores índices de informalidade ocorreram em 2014 e 2015, da ordem de 25%, e os mais altos em 2018 e 2019, quando o contingente de empregados informais alcançou 29% do total de assalariados. O maior número de empregados foi verificado em 2014, estimado em 50,3 milhões de trabalhadores assalariados, dos quais 12,8 milhões sem carteira de trabalho assinada (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2021).

A proporção muito elevada de informalidade para os jovens na faixa de 16 a 17 anos, atingindo 74,1%, indica a prevalência da ocupação em atividades tipicamente do setor informal da economia, como o comércio varejista ambulante e em estabelecimentos precários, sobretudo no setor de serviços, incluindo aqueles organizados sob o regime de economia familiar. A esse dado, acrescenta-se a informação já referida para o total de jovens entre 14 a 17 anos de idade: nessa faixa etária, cerca de 60,8% trabalham e, desse contingente, a imensa maioria, 83,6%, está na informalidade.

Aspecto essencial para a compreensão e enfrentamento efetivo do trabalho precoce no Brasil contemporâneo refere-se às condições de formalidade ou informalidade da inserção no mercado de trabalho. É fundamental atentar para a precariedade estrutural que predomina nas condições de trabalho das crianças e dos jovens

adolescentes, porque esse é um dos fatores que compromete a efetividade das políticas públicas direcionadas à sua eliminação.

O II Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (2011-2016) ressalta que há subnotificação nas estatísticas oficiais e aponta razões para a manutenção desse fenômeno, a despeito da sua significativa redução:

As pesquisas da PNAD revelam a persistência de um “núcleo duro” no trabalho infantil, composto por crianças e adolescentes no trabalho familiar não remunerado na agricultura e nas atividades informais urbanas; a exploração de crianças e adolescentes no comércio sexual, narcotráfico e trabalhos em condições análogas à escravidão ainda permanece no cenário brasileiro sem dados estatísticos precisos (BRASIL, 2011, p. 12-13).

As singularidades das ocupações constitutivas desse núcleo duro – atividades urbanas inseridas no setor informal da estrutura produtiva e, no meio rural, trabalho para o autoconsumo – evidenciam as dificuldades das intervenções visando à erradicação do trabalho de crianças e adolescentes.

A situação de mais de 60% das crianças entre 5 e 13 anos de idade ocupadas em atividades agropecuárias – na faixa entre 14 e 15 anos esse percentual também é alto, 43,6% (BRASIL, 2011) – indica um componente cultural que está mais enraizado nessas comunidades e é menos permeável às mudanças na percepção negativa sobre o trabalho infantil, sobretudo nas situações de economia familiar. Além disso, a dispersão geográfica dos estabelecimentos rurais dificulta as ações de mapeamento, denúncia, fiscalização e responsabilização dos empregadores nos casos das relações de trabalho para terceiros. Para esse conjunto de crianças e adolescentes, as políticas que promovem tanto a ressignificação do trabalho infantil, identificando-o como um fenômeno a ser eliminado no caso da economia familiar, quanto

o seu enfrentamento direto por meio das ações institucionais de regulação do trabalho, tendem a apresentar menor efetividade.

Em relação aos adolescentes entre 14 e 17 anos de idade, ocupados principalmente em estabelecimentos e atividades do setor informal da economia, a política de combate ao trabalho infantil – na perspectiva dos três eixos de análise: transferência de renda para as famílias, ressignificação cultural e regulação institucional – também encontra limites para a sua eficácia. Aqui, são vários os fatores que comprometem esse enfrentamento. A maior autonomia desses indivíduos *vis-à-vis* a situação de pobreza e vulnerabilidade familiar, a baixa qualidade da educação e capacitação profissional disponível e a escassez de postos de trabalho formais convergem para a inserção em trabalhos precários como única alternativa disponível para a geração de renda. Em sua grande maioria são jovens ocupados em atividades e estabelecimentos do setor informal da economia, em postos de trabalho precários, que demandam baixa ou nenhuma qualificação.²⁹

Diante da concentração do trabalho de adolescentes nos pequenos negócios e atividades inseridas no setor informal da economia, as ações

²⁹ A definição de *setor* ou *segmento informal* da economia não tem precisão conceitual na literatura especializada. Tomamos como significado dessa categoria a reflexão pioneira e referencial feita por Cacciamali (1983), que identifica o setor informal com base em suas condições originárias e estruturantes, constituído por “organizações não tipicamente capitalistas”: “Em relação às características típicas das ‘organizações não tipicamente capitalistas’, conclui-se que se apresentam da seguinte forma: a organização da produção, dada a sua incipiência, não requer capital previamente acumulado, ou, quando o faz, utiliza montante pouco significativo de recursos produtivos; em geral, não há acúmulo de capital ao término do ciclo produtivo, ocorrendo a ‘reprodução simples do capital’; a taxa de lucro não é a variável-chave do funcionamento desses pequenos negócios, sendo mais importante o nível de rendimento obtido que se incorpora diretamente à renda familiar dos proprietários; estão incorporados nesse segmento tanto trabalhadores autônomos, por conta própria, quanto o pequeno proprietário, que participa diretamente do processo produtivo e conta com o trabalho familiar e/ou assalariado, em geral, empregados informais” (CACCIAMALI, 1983, p. 47).

de regulação institucional são pouco eficazes. Nesse contexto, as estratégias de mapeamento, fiscalização e punição dos empregadores tendem a apresentar baixa efetividade em relação à regularização contratual dos trabalhadores. A princípio, porque a maior parte desses estabelecimentos precários não dispõe de personalidade jurídica (CNPJ) e, conseqüentemente, não são identificados na malha institucional. Ademais, mesmo quando têm algum grau de organização (estabelecimento formalmente constituído) e são objeto de fiscalização e regularização mediante a formalização dos vínculos de emprego, essa regularização tende a não perdurar.

Nesse contexto, a informalidade das relações de trabalho é, via de regra, condição recorrente e pouco afetada por medidas regulatórias porque tem natureza estrutural e funciona como um mecanismo de redução dos custos que viabiliza a operacionalização e manutenção do negócio. A reversão da condição de precarização geral dos pequenos negócios, inclusive das relações de trabalho, pode ocorrer em situações de crescimento econômico sustentado e direcionado também para a inclusão social, que resulte no aumento da renda circulante, inclusive da massa salarial, com a conseqüente capitalização e eventual inserção, na estrutura produtiva organizada, de estabelecimentos anteriormente situados no setor informal da economia (DUAILIBE, 2013).

6 Considerações finais

A pobreza familiar não gera necessariamente o trabalho infantil, mas a maioria das crianças e adolescentes que trabalham pertence a núcleos familiares em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Os jovens com até 17 anos de idade ocupados em trabalhos absolutamente precários, que fazem parte tanto da estatística oficial quanto da subnotificação do trabalho precoce

(abrangendo as atividades ilícitas em geral), quando completam 18 anos migram para o mercado informal de trabalho. Portanto, o combate efetivo e sustentável do trabalho de crianças e adolescentes não depende exclusivamente de políticas públicas específicas, pois está condicionado também ao padrão geral de desenvolvimento econômico e social implementado no País.

Ao comparar os períodos de 1992 a 2003 e 2004 a 2015, verifica-se que a redução do trabalho infantil foi de 33,46% e 49,73%, respectivamente, ao passo que as taxas médias anuais de crescimento do PIB foram de 2,53% e 3,1%. A variação positiva do PIB no segundo período (2004 a 2015) foi apenas 0,5% maior em relação ao período inicial (1992 a 2003), ao passo que a diminuição do trabalho infantil aconteceu na proporção de 50%.

A redução muito significativa do trabalho infantil entre 2004 e 2015 ocorreu porque as políticas públicas direcionadas para o seu enfrentamento – entendidas em sentido abrangente, como abordado nesta reflexão – foram implementadas num contexto de crescimento econômico sustentado, atrelado ao desenvolvimento social, sobretudo ao fortalecimento das políticas e programas de assistência social e educação e à melhoria das condições gerais de trabalho, inclusive com o aumento da formalização e a elevação real do salário mínimo. Esse ambiente de incremento do PIB articulado com a maior estruturação do mercado de trabalho impactou de modo positivo justamente os aspectos constitutivos do núcleo duro do trabalho precoce, na medida em que houve diminuição da pobreza familiar e crescimento significativo de postos formais de trabalho, alcançando os trabalhadores jovens – aspectos essenciais para o combate ao trabalho precoce –, bem como a criação de oportunidades de acesso das camadas sociais mais vulneráveis à formação profissional e à educação superior – viabilizando a quebra do ciclo da pobreza intergeracional.

São fatores emblemáticos dessa conjugação virtuosa entre crescimento econômico, valorização do trabalho e inclusão social: I) aumento de famílias beneficiárias do PBF, que passou de 5,1 milhões, em 2003, para 11 milhões em 2007 e 13 milhões, em 2011 (patamar no qual permaneceu até 2022, quando o PBF foi transformado no programa Auxílio Brasil, com reajuste do benefício mínimo de transferência de renda para R\$ 400,00 e aumento do número de famílias beneficiadas para 18 milhões); II) elevação da formalização do trabalho assalariado no setor privado, passando de 39,7% em 2003 para 75% do total de assalariados em 2014; III) incremento real do salário mínimo em 70%; IV) geração de 20,2 milhões de postos formais de trabalho (celetistas e estatutários) entre 2003 e 2013, ante 5,9 milhões criados entre 1990 e 2002.

A formalização e melhoria da renda dos trabalhadores concomitante à criação de programas visando ao aumento da jornada escolar (Mais Escola) e ao acesso de crianças e jovens integrantes de famílias beneficiárias dos programas de transferência de renda à rede de ensino superior e profissionalizante (Prouni, Pronatec, Lei de Cotas) convergiram para a redução acentuada do trabalho precoce entre 2003 e 2014.

A partir de 2015 reverteu-se a trajetória de crescimento contínuo do PIB e de estruturação do mercado de trabalho, com o aumento da precarização e interrupção da elevação real dos salários.³⁰ A inflexão na dinâmica econômica

³⁰ “Após a crise econômica internacional de 2008 e a retração dos mercados mundiais, os aumentos reais do salário mínimo, a expansão de programas sociais e a elevação do crédito e dos investimentos públicos estimularam o consumo das famílias e favoreceram a produção doméstica e a criação de vagas no mercado de trabalho. Entretanto, esse movimento favorável aos trabalhadores teve seu ciclo encerrado e apresentou tendência de reversão nos anos seguintes, que refletiu na estabilização da participação das remunerações sobre o PIB, em 2016, e em reduções nos dois anos finais da série [estatística até 2018], atribuídas à queda do nível de ocupação e ao aumento da informalidade e seus impactos nos rendimentos médios e na massa de

ocorreu *pari passu* a mudanças na esfera política, com a menor relevância da pauta social no debate público, nas políticas implementadas e nos arranjos institucionais vigentes. A pandemia mundial da Covid-19, que atingiu o Brasil a partir de março de 2020, acentuou o processo de deterioração das condições gerais de trabalho e de empobrecimento da população, sobretudo dos mais vulneráveis.³¹

A lógica de retração das políticas de inclusão social e de redução da desigualdade – condições necessárias para a redução do trabalho precoce – está explicitada na EC nº 95/2016 (“teto dos gastos públicos”), que impôs um limite ao gasto do Governo Federal equivalente à variação da inflação, independentemente do desempenho econômico (elevação ou retração do PIB), do crescimento populacional e das demandas sociais, em afronta direta aos arts. 2º e 3º da CRFB (BRASIL, [2022a]). Essa e outras mudanças na legislação – especialmente a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a EC nº 109/2019 (Reforma da Previdência), bem como a desestruturação técnica dos órgãos de assistência social, principalmente no Governo Federal – dificultaram a continuidade do processo de inclusão social e promoção da cidadania até então em andamento.³²

rendimentos” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020b, p. 17).

³¹ A tendência de aumento da formalização do mercado de trabalho foi interrompida entre 2015 e 2016, quando o total de assalariados formais passou de 36,9 para 35,8 milhões, e continuou em queda até 2019, quando apresentou alguma recuperação, passando para o total de 35,2 milhões de empregados. Em contrapartida, o total de trabalhadores por conta própria (indicativo de informalidade e precarização do mercado de trabalho) passa de 22,3 para 24,4 milhões de ocupados (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020b, p. 24).

³² Emblemática na demonstração da resistência ao desmonte dos órgãos públicos e entidades da sociedade civil organizada que atuam na assistência social é a Ação Civil Pública nº 1035463-39.2019.4.01.3400, proposta em 6/11/2019 pelo Ministério Público Federal, no Distrito Federal, com o propósito de restabelecer o regular funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda).

O desafio que está posto é a continuidade e efetividade de políticas de combate ao trabalho infantil, diante do aumento do desemprego e da informalidade, e do enfraquecimento da pauta de desenvolvimento social.

A favor desse enfrentamento cresce a sensibilização da sociedade sobre o trabalho infantil como problema social a ser eliminado, percebido como incompatível com o grau de desenvolvimento socioeconômico que já alcançamos; a mobilização e vigilância dos fóruns da sociedade civil organizada; as políticas e programas que foram implementados e testados, e se mostraram bem sucedidos – especialmente os programas de transferência de renda articulados com a educação e cuidados básicos de saúde; a expertise e a resiliência institucional alcançada, tendo em vista as atuações dos grupos especializados na Inspeção do Trabalho, no Ministério Público do Trabalho e na Magistratura do Trabalho. Enfim, dispomos de conhecimento teórico e prático, adquiridos e demonstrados nos últimos 25 anos, para avançarmos no combate ao trabalho precoce no País.

Finalmente, este artigo pretende contribuir para demonstrar que a lógica subjacente ao processo de combate ao trabalho precoce, cujos resultados são positivos apesar das dificuldades colocadas – cooptação de adolescentes por organizações criminosas, realidade das periferias dos grandes centros urbanos; trabalho em regime de economia familiar, sobretudo no meio rural; formas contemporâneas de informalidade, agravadas em alguns setores pela articulação esdrúxula entre trabalho precário e capital internacionalizado com elevado conteúdo tecnológico (plataformas de trabalho) –, pode também subsidiar a formulação de outras políticas de redução das desigualdades e de desenvolvimento social, mediante a articulação de três pilares: o enfrentamento das causas materiais, a vigilância institucional e a ressignificação cultural.

Sobre as autoras

Kátia Magalhães Arruda é doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professora dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Brasília, DF, Brasil; ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do Observatório de Trabalho Infantil do UDF, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: kma@tst.jus.br

Mônica Damous Duailibe é mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas, SP, Brasil; auditora fiscal do trabalho no Ministério do Trabalho e Previdência, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: mdd@unicamp.edu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ARRUDA, Kátia Magalhães; DUAILIBE, Mônica Damous. Resgate das políticas públicas de combate ao trabalho infantil no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 35-58, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p35

(APA)

Arruda, K. M., & Duailibe, M. D. (2023). Resgate das políticas públicas de combate ao trabalho infantil no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 35-58. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p35

Referências

BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Brasília, DF: Ministério da Economia, Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, v. 25, n. 2, fev. 2020. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/04/Beps022020_trab_Final_portal.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891*. Estabelece [providências] para [regularizar] o trabalho dos menores empregados nas [fábricas] da Capital Federal. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, [1992]. Revogado. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000*. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001*. Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação – “Bolsa Escola”, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110219.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004*. Institui a renda básica de cidadania e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.835.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. Ministério da Educação; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério do Esporte; Ministério da Cultura. *Portaria Normativa Interministerial nº 17, de 24 de abril de 2007*. Institui o Programa Mais Educação, que visa fomentar a educação integral de crianças, adolescentes e jovens, por meio do apoio a atividades [socioeducativas] no contraturno escolar. [Brasília, DF]: Ministério da Educação, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/mais_educacao.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Plano nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador*: (2011-2015). 2. ed. [Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego], 2011. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Crianca_adolescente_IX/plano%20nacional%20preveno%20e%20erradicao%20do%20trabalho%20infantil.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente*: plano nacional. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2004b. Disponível em: https://andi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Plano-Nacional-de-Prevencao-e-Eradicacao-do-Trabalho-Infantil_0.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *III Plano nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador*: (2019-2022). [Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, 2018]. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

CACCIAMALI, Maria Cristina. *Setor informal urbano e formas de participação na produção*. São Paulo: Ed. IPE, 1983. (Série Ensaios Econômicos, n. 26).

CARDOSO, Adalberto. *Ensaio de sociologia do mercado de trabalho brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. A violação à dignidade da criança e do adolescente no trabalho infantil: normas e ações de proteção. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 193-221.

CORIAT, Benjamin; SABÓIA, João. Regime de acumulação e relação salarial no Brasil: um processo de fordização forçada e contrariada. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 3-45, 1988.

DUAİLIBE, Mônica Damous. *A informalidade das relações de emprego e a atuação da inspeção do trabalho*: uma análise para o Brasil e o Maranhão. São Luís: EDUFMA, 2013.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Trabalho infantil e trabalho infantil doméstico no Brasil: avaliação a partir dos microdados da Pnad/IBGE (2012-2013)*. Brasília, DF: FNPETI, 2015. Disponível em: https://fnpeti.org.br/media/publicacoes/arquivo/Trabalho_Infantil_e_Trabalho_Infantil_Domestico_no_Brasil_2012_-_2013.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua – PNAD contínua*: principais destaques da evolução do mercado de trabalho no Brasil: 2012-2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. (Indicadores IBGE). Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Principais_destaque_PNAD_continua/2012_2020/PNAD_continua_retrospectiva_2012_2020.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua – PNAD contínua*: trabalho de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade: 2016-2019. [Rio de Janeiro]: IBGE, 2020a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101777_informativo.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Síntese de indicadores sociais*: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020b. (Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 43). Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. *Covid-19 and child labour: a time of crisis, a time to act*. New York: ILO: Unicef, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_747421.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. liv. 1, v. 1.

NITAHARA, Akemi. Auxílio emergencial reduziu a pobreza em 23%: FGV diz que 15 milhões de brasileiros saíram da linha da pobreza. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 9 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-10/auxilio-emergencial-reduziu-pobreza-em-23>. Acesso em: 23 nov. 2022.

O IMPACTO do Programa Jovem Aprendiz no Brasil. *Canal Mudes*, [Rio de Janeiro], 28 jan. 2022. Disponível em: <https://mudes.org.br/o-impacto-do-programa-jovem-aprendizo-no-brasil/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

OLIVEIRA, Oris de. *Trabalho e profissionalização de adolescente*. São Paulo: LTr, 2009.

O QUE é o Fórum. Brasília, DF: FNPETI, [2019?]. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/oqueeforum/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores*. Brasília, DF: OIT, 2001. v. 1. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233633.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

_____. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. [S. l.]: OIT, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

POCHMANN, Márcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987. (Contribuições em Ciências Sociais, 1).

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; OSORIO, Rafael Guerreiro; PAIVA, Luis Henrique; SOARES, Sergei. Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade: um balanço dos primeiros quinze anos. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 2.499, p. 1-38, ago. 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9356/1/td_2499.pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

TRANSFORMANDO nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. [Rio de Janeiro]: Unic Rio, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

A acessibilidade e a integração da pessoa com deficiência na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

SÉRGIO RAFAEL NASCIMENTO E BOUÇAS
RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES

Resumo: A inscrição do direito à acessibilidade na Constituição é fruto de importante mobilização social e debates sobre as necessidades das pessoas com deficiência. A pessoa com deficiência forma uma identidade constitucional plural e heterogênea, composta por pessoas com deficiência intelectual, física, auditiva e visual, todas ouvidas pelos Constituintes por meio de suas lideranças. O objetivo deste artigo é apresentar brevemente o contexto da mobilização das pessoas com deficiência nos anos 1970 e 1980 e a percepção sobre acessibilidade usada como ponto de partida para a tematização na Constituinte de 1987-1988. Em seguida serão apresentados os principais pontos levantados pelas pessoas com deficiência para a inscrição da acessibilidade como direito constitucional.

Palavras-chave: Assembleia Nacional Constituinte; pessoa com deficiência; acessibilidade.

Accessibility and integration of people with disabilities in the National Constituent Assembly (1987-1988)

Abstract: The inclusion of the right to accessibility in the 1988 Federal Constitution is the result of an important social mobilization and debates about the needs of people with disabilities. People with disabilities form a plural and heterogeneous constitutional identity, made up of people with intellectual, physical, hearing and visual disabilities, all of whom were heard by the Constituent Assembly through their leaders. The purpose of this article is to briefly present the context of mobilization of people with disabilities in the 1970s-1980s and

Recebido em 27/9/22
Aprovado em 26/12/22

the perception on accessibility that was used as a starting point for Constituent thematization in 1987-1988. Afterwards, the main points raised by people with disabilities for the inscription of accessibility as a constitutional right will be presented.

Keywords: National Constituent Assembly; person with disability; accessibility.

1 Introdução

O resgate da memória da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC) é tarefa complexa ante os intensos debates e seus múltiplos atores que buscaram decidir, entre as diferentes demandas, quais deveriam reger a vida social pelo tempo da vigência da Constituição a ser promulgada.

Este trabalho ater-se-á à construção da acessibilidade como direito constitucional na ANC. Todavia, de forma a entender o conceito tratado no período, levantará o contexto de transição democrática e o surgimento dos novos movimentos sociais brasileiros nos anos 1970 e 1980.

Isso se justifica dada a necessidade de compreender como a inclusão/exclusão das identidades relevantes em contexto democrático criou o direito à acessibilidade. Assim, o artigo propõe-se responder como foi tematizada a acessibilidade na ANC. São seus objetivos específicos: a) apresentar as demandas pré-constituintes das pessoas com deficiência; b) trazer breves considerações sobre o contexto de transição democrática que culmina na ANC; c) verificar quais foram as demandas relativas à acessibilidade perante ela; e d) verificar se as demandas foram incluídas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Diante disso, este estudo se valerá da abordagem histórica crítica proposta por Narváez Hernández (2003-2004), que procura analisar o texto jurídico no contexto histórico, político e conceitual em que se insere, com o levantamento de referência especializada e das fontes primárias coletadas nas atas e diários de registro legislativo e Constituinte.

O trabalho compõe-se de três partes, além desta introdução e da conclusão. Primeiro abordará a mobilização social contra o autoritarismo. Em seguida, evidenciará a construção do direito à acessibilidade, em sua primeira perspectiva. Por fim, apresentará os principais debates e resultados acerca da tematização da acessibilidade na ANC.

2 O contexto da transição democrática para a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

A partir de 1964 o Brasil começou a viver sob uma ditadura, três anos após a renúncia do presidente Jânio Quadros. Os militares desferiram um golpe contra a democracia e governaram, autoritariamente, por meio de atos institucionais, até que se decidiram pela substituição da Constituição vigente por outra em 1967 (ROCHA, 2018).

A Constituição de 1967 manteve o perfil autoritário de seus gestores, inclusive com ampliação dos poderes presidenciais e eleições indiretas para o Poder Executivo federal. Também limitou a autonomia dos estados e restringiu a liberdade de pensamento e expressão e direitos e garantias individuais. Vinculou-se a Constituição à Lei de Segurança Nacional (Decreto nº 314, de 13/3/1967) (ROCHA, 2018).

Essa gestão não foi pacífica. Houve oposição ativa de diversos setores sociais. Entre eles, a Frente Ampla, liderada por Carlos Lacerda em agosto de 1967, buscou agregar forças políticas; os movimentos trabalhistas articularam greves por melhores salários; os estudantes manifestaram-se contra os ataques e intromissões nas universidades; e organizações terroristas agiram em nome da direita ou da esquerda (BARBOSA, 2012).

Diante desse contexto, o regime militar endureceu suas medidas com o Ato Institucional nº 5 (AI-5), revogou parte considerável da Constituição de 1967 e fragilizou ainda mais os direitos políticos. Esse novo ato reverberou sobre toda a estrutura político-jurídica brasileira, com a suspensão de garantias dos membros da Magistratura e do Ministério Público e da garantia do *habeas corpus*, além de permi-

tir a suspensão das atividades do Congresso Nacional (BARBOSA, 2012).

A gestão militar não era coesa. Costa e Silva acenava para a possibilidade de reabertura do Congresso Nacional mediante a elaboração de uma nova Constituição que mantivesse em vigor o conteúdo do AI-5. Todavia, com seu afastamento por doença, uma junta militar assumiu o Executivo no lugar do vice-presidente Pedro Aleixo e promulgou a Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969 (BARBOSA, 2012; ROCHA, 2018).

Em paralelo com a atuação autoritária, as forças democráticas agiam para difundir a ideia de uma nova Constituição que revogasse as normas de exceção então vigentes. Barbosa (2012) aponta que o Partido Comunista Brasileiro dedicou seu VI Congresso de âmbito nacional, em dezembro de 1967, à discussão e difusão de ideias sobre a redemocratização brasileira. Todavia, a literatura aponta que a *Carta do Recife*, elaborada no II Seminário de Estudos e Debates da Realidade Brasileira, organizado pelo MDB-PE em 1971, como o primeiro documento oficial de convocação de uma nova ANC contra-autoritária (VERSIANI, 2014; BARBOSA, 2012).

O processo de redemocratização foi intensificado ao final dos anos 1970 e durante os anos 1980. Versiani (2014) explica que a Lei de Anistia, de 1979, e o restabelecimento do pluripartidarismo brasileiro fizeram com que o movimento pró-Constituinte brasileiro tomasse quatro rumos. O primeiro, aliado ao governo militar, buscava uma reforma que adaptasse a Constituição à nova realidade, sem que houvesse uma Assembleia Constituinte. O segundo, ligado à oposição, desejava uma Assembleia Constituinte exclusiva para a criação do novo texto. O terceiro, intentava uma conciliação entre situação e oposição, com atribuição de poderes Constituintes aos eleitos

em 1982. O quarto rumo não acreditava na mobilização cidadã e resistia à luta pró-Constituinte.

Todavia, em 1984, a mobilização conhecida por *Diretas Já!* demonstrou que o povo brasileiro não estava passivo à política – em que pese não se tratar de um movimento vitorioso em seu objetivo primordial, as eleições diretas. Eleito para o cargo de presidente da República, a primeira presidência pós-ditadura, Tancredo Neves assume o compromisso de convocação da Constituinte (PAIXÃO; BARBOSA, 2008).

Essa intenção foi postergada com a morte de Tancredo Neves e a gestão presidencial do vice-presidente José Sarney, que buscou se aliar ao antigo regime para gerir o Brasil de forma autoritária e atrasar ainda mais o levante democrático (PERLATTO, 2019). De outro lado, novos movimentos sociais começaram a se organizar no Brasil e incentivavam a participação cidadã em constante diálogo com as autoridades políticas (VERSIANI, 2014).

Esse contexto de pressão fez com que Sarney apresentasse, em 28/6/1985, proposta de emenda à Constituição para a criação de uma ANC formada pelos deputados federais e senadores eleitos em 1986, juntamente àqueles senadores ainda em mandato, eleitos em 1982. Assim, a EC nº 26, de 1985, é promulgada e concede aos políticos indicados poderes legislativos e Constituintes (VERSIANI, 2013).

Numa tentativa de controlar as forças dos movimentos sociais e evitar a radicalização, José Sarney emite o Decreto nº 91.450, de 18/7/1985, formalizando a criação de uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais com a missão de elaborar um projeto Constituinte (GONÇALVES, 2016).

A ideia de um projeto criado por uma comissão prévia foi rejeitada desde seu início, tanto pela direita quanto pela esquerda. Os aliados do governo entendiam que a comissão seria uma intromissão governamental no Poder Constituinte

que se formaria, enquanto a oposição entendia que a comissão careceria de representatividade e seria elitista, ante seu caráter de escolha indicativo (BASTOS, 2018).

Mesmo diante dessa resistência, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais funcionou e gerou um anteprojeto que não foi utilizado formalmente pela ANC. Entretanto, segundo Gonçalves (2016), há certa similaridade de conteúdo entre o anteprojeto da comissão e a CRFB.

3 O direito à acessibilidade e sua primeira perspectiva

Os anos 1970 e 1980 foram palco de múltiplos acontecimentos. A política oscilava entre permanência dos valores ditatoriais e o processo de redemocratização, ao passo que o povo também se articulava e se reconhecia em novos movimentos sociais. Gohn (1997) explica que os movimentos sociais populares urbanos dos anos 1970 passaram a se organizar para além de suas comunidades locais ou de lazer, buscando apresentar-se como grupos de pressão política frente ao Estado autoritário.

Lanna Júnior (2010) explica que os movimentos de pessoa com deficiência só passaram a ter cunho político com o impulso dado pelo Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), em 1981, e pela redemocratização brasileira. O autor lembra também que já existiam associações para a prestação de serviços às pessoas com deficiência, como a Apae e a Pestalozzi, mas que o protagonismo no processo decisório de associações de pessoas com deficiência realmente só veio a acontecer no final dos anos 1970.

Esse desenvolvimento gradual de reconhecimento como grupo político brasileiro afeta a percepção sobre o que é o direito à acessibilidade. Internacionalmente, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas emite a

Resolução nº 31/123, de 16/12/1976, com as seguintes diretrizes sobre o AIPD (UNITED NATIONS, 1976, grifo nosso, tradução nossa):

- (a) Ajudar as pessoas deficientes na sua adaptação física e psicológica à sociedade;
- (b) Promover todos os esforços, nacionais e internacionais, para fornecer às pessoas deficientes assistência adequada, treinamento, cuidados e orientação, para oferecer-lhes oportunidades de trabalho adequado e assegurar sua plena integração na sociedade;
- (c) *Incentivar projetos de estudo e pesquisa destinados a facilitar a participação prática da pessoa deficiente na vida cotidiana, por exemplo, melhorando seu acesso a prédios públicos e sistemas de transportes;*
- (d) Educar e informar o público sobre os direitos das pessoas deficientes de participarem e contribuir em nos vários aspectos da vida econômica, social e política;
- (e) Promover medidas eficazes para a prevenção de deficiências e para a reabilitação das pessoas deficientes.

Nacionalmente, os direitos da pessoa com deficiência têm seu primeiro reconhecimento de cunho constitucional com a EC nº 12, de 1978, proposta pelo deputado Thales Ramalho (MDB-PE), para assegurar aos “deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante”:

- I – educação especial e gratuita;
- II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;
- III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos (BRASIL, [1988c]).

Essa EC é fruto da atuação de um único parlamentar, que, diante de sua condição de pessoa

com deficiência adquirida no período, buscou aprimorar-se junto a duas associações de pessoas com deficiência de seu estado: a Associação de Deficientes Motores de Pernambuco (ADM) e a Fraternidade Cristã de Doentes e Deficientes (FCD) (LANNA JÚNIOR, 2010). Além de ser um parlamentar com deficiência física, era bastante articulado no meio político (GASPARI, 2004) e intentava, com Ulysses Guimarães e Tancredo Neves, uma redemocratização lenta (MDB..., 1978, p. 9), para que dela resultasse um governo baseado em “um novo pacto de elites” (GENRO FILHO, 1978, p. 6).

Nesse contexto, a acessibilidade firma-se como norma brasileira, em uma dimensão arquitetônica, ligada ao direito de ir e vir. Ainda que os poucos discursadores levantem que a questão da pessoa com deficiência como um problema comunitário e que há necessidade de eliminar as barreiras físicas e sociais para se integrar a pessoa com deficiência na sociedade (BRASIL, 1979), sua explicação não supera aquele direito:

Que o deficiente do Brasil tenha inscritos na Constituição os seus direitos fundamentais: o direito de viver em sociedade, e não segregado; o direito ao trabalho, nos limites de sua capacidade; e o direito de ir e de vir, de andar pelas ruas e de entrar e de sair dos edifícios, nas ruas e nos edifícios que os homens construíram sem atentar que existem milhões de patrícios seus que não podem, nas suas cadeiras de roda, com seus aparelhos ortopédicos, com suas muletas, ou sem a luz dos olhos, vencer as escadarias, as escadas rolantes, as imensas barreiras que encontram, a cada passo, até para subir uma simples calçada de qualquer rua (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1978, p. 1.416).

Nessa circunstância, a EC nº 12/1978 apresenta a primeira versão do direito à acessibilidade, ligada a uma dimensão arquitetônica para atender a todas as pessoas com deficiência quanto ao seu direito de ir e vir.

Essa proposta diverge da consolidada no cenário internacional. A *Carta dos Anos 80*, emitida pelo Grupo de Planejamento Mundial da Reabilitação Internacional, dispõe sobre diversas metas para a efetivação da participação social e da igualdade para as pessoas com deficiência. Afirma que “todos têm direito de ter acesso à sua comunidade” e que o ambiente deve considerar a dificuldade de “todas as pessoas portadoras dos vários tipos de deficiência, físicas e mentais, incluindo as de mobilidade restrita e deficiências sensoriais” (BRASIL, 1981, p. 43). E amplia esse conceito ao afirmar que as informações devem chegar às “pessoas com dificuldades de comunicação, como os surdos, os deficientes de audição e comunicação, os de visão subnormal, os retardados mentais e os que apresentam dificuldades de aprendizagem” (BRASIL, 1981, p. 48).

No Brasil, criou-se o Plano de Ação para Igualdade e Participação Plena, com objetivos que não se restringiam apenas às pessoas com deficiência, pois dizia respeito também a toda a população brasileira. O documento apresenta a condição de deficiência como um problema que perpassa o indivíduo e considera-a como um problema da interação da pessoa com o ambiente e as atitudes discriminatórias que lhe impedem a vida comunitária (BRASIL, 1981).

Quanto às barreiras arquitetônicas, o relatório elenca as seguintes metas:

1) Estabelecer programas de *remoção das barreiras arquitetônicas* (residências, repartições públicas, escolas, bibliotecas, fábricas, lojas, cinemas, teatros, aeroportos, estações ferroviárias e rodoviárias, clubes, praças, praia, etc...). 2) Estabelecer condições para o *fácil acesso das pessoas deficientes com dificuldade de comunicação (cegos e surdos) às fontes públicas de informação*. 3) Estabelecer normas técnicas para construção, *evitando as barreiras arquitetônicas*. 4) Estabelecer *normas técnicas que possibilitem o uso dos diferentes meios de*

transportes nacionais pelas pessoas deficientes. 5) Inserir no currículo das Faculdades de Arquitetura, projetos de edificações acessíveis a pessoas deficientes. 6) Instituição de um prêmio para desenho arquitetônico que beneficie as pessoas deficientes (edifícios acessíveis a pessoas deficientes) (BRASIL, 1981, p. 16, grifos nossos).

Dessa forma, há uma interpretação brasileira própria de *acessibilidade*, que se restringe a uma eliminação de barreiras físicas, ainda que ligada a necessidades comunicacionais, que exige muito mais das pessoas que dos meios. Outro ponto que corrobora esse entendimento é que as pessoas com deficiência intelectual estão excluídas até aqui da acessibilidade à informação e à comunicação. Essa percepção não comporta a real dimensão do direito à acessibilidade, como veremos a seguir.

4 A acessibilidade na Assembleia Nacional Constituinte

A CRFB resultou da ANC, que funcionou entre 1º/2/1987 e 5/10/1988. Era composta por 513 deputados federais eleitos em 1986 e 81 senadores, dos quais 49 titulares e 10 suplentes foram escolhidos em 1986 e 23 senadores foram escolhidos em 1982.

Na fase preliminar, decidiu-se que a presidência da ANC seria de Ulysses Guimarães (PMDB) e estabeleceu-se o primeiro regimento dos trabalhos pela Resolução nº 1 (BRASIL, 1987d), até que se chegou ao Regimento Interno da ANC. Em seguida, a Resolução nº 2, com 86 artigos, passou a reger a ANC. O Regimento Interno criou o sistema de debates descentralizados em 8 comissões, subdivididas em 3 subcomissões cada uma. Cada comissão era composta por 63 membros titulares e igual número de suplentes, com exceção da Comissão de Sistematização, que funcionou após as outras e contou com 49 mem-

bros e 49 suplentes (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b).

Cada uma das subcomissões elaborou um projeto de direitos, após debates públicos que contaram com representantes de movimentos sociais. Depois, os relatores encaminhavam seus textos às Comissões e esses eram emendados e votados por seus membros. Os direitos das pessoas com deficiência foram debatidos na VII Comissão da Ordem Social, Subcomissão VII-c, Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

Todavia, houve articulação dos movimentos de pessoas com deficiência para a inserção transversal de seus direitos na Constituição. Resultaram dessa articulação: cinco audiências na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (VII-c); na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, um discurso em cada uma das subcomissões; um discurso na Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas (V-a); quatro debates na Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, sendo dois na Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes (VIII-a) e dois na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (VIII-c). Nessas audiências, a acessibilidade foi apresentada como necessidade da pessoa com deficiência, seja como direito, seja como justificativa para algum outro direito.

Entretanto, a capitulação da acessibilidade como direito próprio surgiu dos debates da Subcomissão VII-c, que dedicou cinco audiências para os direitos das pessoas com deficiências, da seguinte forma: 4ª audiência (23/4/1987): Aspirações de pessoas com deficiência física; 5ª audiência (27/4/1987): Responsabilidade do Estado para com a pessoa deficiente / Deficientes mentais / Escolas institucionais de educação excepcional / Integração das pessoas portadoras

de deficiência / Não terminalidade do atendimento ao excepcional / Criação da fundação de assistência aos deficientes / Crianças excepcionais e a Constituinte / Igualdade de condições para deficientes, negros e índios / Filhos excepcionais / Proteção do Estado ao deficiente / Situação do excepcional no Rio Grande do Sul / Participação dos deficientes nas diretorias das Apaes / Educação física na educação especial; 6ª audiência (27/4/1987): Direitos dos deficientes auditivos e a Constituinte / Oportunidades para o deficiente auditivo / Prevenção e integração do deficiente auditivo; 9ª audiência (30/4/1987): Superação da deficiência física / Deficientes físicos e os meios de comunicação / Direito diferencial / Integração social dos portadores de deficiência / Reabilitação / Deficiente físico e a sociedade brasileira / Talassemia / Estomizados; 10ª audiência (4/5/1987): Direitos dos deficientes visuais / Discriminação do deficiente visual / Educação especial. Ater-nos-emos à tematização da acessibilidade nelas ocorrida.

A quarta reunião foi pensada para apresentar aos Constituintes bases teóricas sobre as necessidades das pessoas com deficiência. Assim, Paulo Roberto Moreira, economista e assessor do Ministério da Cultura, foi responsável por abordar as demandas das pessoas com deficiência para a nova Constituição (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c). O debatedor apresentou o tema do preconceito de forma abstrata e filosófica, sob o argumento de que abrangeria todas as minorias protegidas pela Subcomissão VII-c. Nesse contexto, os Constituintes Benedita da Silva e José Carlos Sabóia solicitaram que a contribuição do palestrante fosse ligada a práticas que avançassem a criação de leis eficazes para a proteção das minorias. Paulo Roberto Moreira Guimarães respondeu que não preparara trabalho além daquele exposto e informou que as entidades de pessoas com deficiência já haviam preparado propostas

sobre seus direitos (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c).

A quinta reunião foi dedicada às pessoas com deficiências sob a óptica das Apaes e Pestalozzis, que exploraram, dentre as diversas temáticas possíveis, aquelas ligadas a deficiência intelectual. Assim, os expositores defenderam a eliminação de barreiras sociais e arquitetônicas para a integração das pessoas com deficiência na comunidade. Da análise dos discursos, percebe-se um consenso sobre a falta de compreensão social relativa às pessoas com deficiência, principalmente quando a deficiência é intelectual. Os representantes das Apaes citaram suas experiências com a dificuldade de atendimento médico e educacional das pessoas com deficiência e não restringiram o preconceito à vida comunitária, informando que a família também participa do processo segregativo. Para eles, a solução virá da eliminação das barreiras de acesso à informação e comunicação (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d).

A sexta reunião foi dedicada aos representantes das pessoas com deficiência auditiva. Os pleitos foram relativos ao direito à comunicação, com denúncia de violação constante de todos. A palestrante Célia Ignatius Nogueira afirmou que a lei não seria capaz de cessar o preconceito, mas que o reconhecimento de direitos contribuiria para a aproximação e compreensão das pessoas com surdez pelos ouvintes (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e). Entre as propostas de eliminação das barreiras comunicacionais, Tereza Cristina Largo Barbosa Silveira defendeu a necessidade da difusão da linguagem de sinais e de cursos para intérpretes de pessoas com deficiência auditiva. Também informou que o uso de legendas em programas televisivos permite o acesso aos meios de comunicação. O padre José Rinaldi atribuiu à falta de conscientização da população em geral a responsabilidade pelo atraso na

integração da pessoa com deficiência auditiva na comunidade e lembrou que a legenda não é suficiente quando se trata de traduzir filmes em outros idiomas, já que a língua de sinais é diferente da língua portuguesa falada (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e). O Constituinte Salatiel Carvalho pronunciou-se sobre sua percepção até o momento e disse que os problemas apresentados estavam ligados à falta de conscientização social, pois a Constituição da época já reconhecia os direitos de igualdade (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e).

A nona reunião ouviu os representantes das pessoas com deficiência física, talassemia e ostomias. Messias Tavares de Souza apresentou proposta de direitos criada pelas entidades de pessoas com deficiência – entre eles, a garantia de acessibilidade dos edifícios, públicos e particulares de frequência aberta ao público, e transportes de uso coletivo, bem como o acesso à informação e à comunicação das pessoas com deficiência (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f).

Os diversos relatos nessa audiência associaram o direito à acessibilidade arquitetônica ao direito de ir e vir, mas também alargaram esse conceito ao exercício da cidadania e justificaram a criação das barreiras físicas à cultura do preconceito e segregação da pessoa com deficiência. Os Constituintes Nelson Seixas e Bosco França participaram dos debates e defenderam a necessidade de vencer as barreiras atitudinais para que as pessoas com deficiência pudessem usufruir da vida comunitária e serem cidadãos como qualquer outra pessoa (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f).

A décima audiência tratou das questões da pessoa com deficiência visual. Nela, os representantes dos movimentos sociais informaram que a discriminação ocorre no cotidiano e que as pessoas com deficiência visual têm seu acesso à

informação dificultado. Relatou-se a dificuldade de se obter material em braile ou equipamentos para sua reprodução. Também constou reclamação sobre a locomoção nas ruas, em que a falta de sinalização resultava em choques com barreiras e casos de lesão. Por fim, houve relatos sobre o preconceito que fazia com que pessoas com deficiência visual fossem tratadas como incapazes (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f).

Com o fim das audiências populares, o relator Alcení Guerra preparou o anteprojeto da Subcomissão VII-c e justificou que os direitos elencados nos arts. 17 e 18 do projeto criavam condições para a existência digna e participativa das pessoas com deficiência com qualidade de cidadãos brasileiros. A acessibilidade ficou disposta no art. 18, incisos V e VI:

Art. 18 – o Poder Público tomará as medidas necessárias para que as pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial tenham os direitos assegurados a todos os cidadãos, exceto aqueles para os quais elas estejam inabilitadas em função de suas limitações.

§ 1º – dado o caráter particular das pessoas portadoras de deficiência, o Estado assegurará direitos especiais, mediante:

[...]

V – livre acesso a edifícios, logradouros públicos e transportes coletivos;

VI – livre acesso à informação e a comunicação (BRASIL, 1987a, p. 15-16).

Nas fases seguintes, os Constituintes puderam oferecer emendas aos projetos, com base no art. 17, § 1º. As emendas direcionadas ao art. 18, V e VI, não apresentaram justificativas que se acrescentassem às informações publicizadas nas audiências populares. Todavia, nessa fase elas visaram a atender às expectativas dos movimentos envolvidos, como as Emendas 7C0071-9 e 7C0027-1, que intentavam adicionar ao texto proposto pelo relator a acessibilidade aos edifícios de uso coletivo e a proibição de que veículos inacessíveis circulassem (BRASIL, 1987b, p. 33-34, 82). Ainda houve emendas que buscaram especificar o destinatário dos direitos, como a 7C0070-1 e a 7C0080-8, que direcionavam os direitos à informação e à comunicação para as pessoas com deficiência auditiva e visual (BRASIL, 1987b, p. 81, 91-93).

Na Comissão de Sistematização, além das emendas de proposição Constituinte, a ANC recebeu 122 emendas populares, das quais três foram direcionadas aos direitos das pessoas com deficiência. Uma delas, a Emenda Popular nº 69, não atingiu o requisito de assinaturas previsto no Regimento Interno da ANC, mas foi levada adiante pelos Constituintes Miro Teixeira e Nelson Carneiro (PMDB). Por sua vez, as Emendas Populares nºs 77 e 86 foram a Plenário, e os representantes de seus expositores puderam

defendê-las perante os Constituintes. A primeira buscava a conquista de benefício assistencial para pessoas com deficiência, e a segunda era a proposta já defendida na fase das Subcomissões, por Messias Tavares (BRASIL, 1987b).

Após as audiências públicas, o relator da Comissão, Bernardo Cabral, emitiu o Substitutivo 1 ao Projeto de Constituição. Nele, a acessibilidade de edifícios, transportes e logradouros não foi considerada. Entretanto, acataram-se os direitos à informação e à comunicação. As emendas tentaram, sem sucesso, reinsserir o artigo sobre acessibilidade nos edifícios e transportes no texto constitucional. Ainda nessa fase, uma emenda aditiva sobre os direitos das crianças e adolescentes abordou a questão da pessoa com deficiência. A Emenda ES30711-8, proposta por Vasco Alves (PMDB), obteve sucesso ao inserir na Constituição a proteção de crianças e adolescentes com deficiência:

O Estado promoverá, conjuntamente com entidades não-governamentais, políticas de saúde materno-infantil e de prevenção à deficiência física, sensorial e mental, assim como políticas de integração à sociedade do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento especializado para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos como preconceitos e barreiras arquitetônicas (BRASIL, 1987c, p. 2.234).

Depois, a Comissão de Sistematização condensou os trabalhos até então realizados e votados pelos Constituintes; além disso, criou o Projeto de Constituição-A, com 496 artigos. Gomes (2006) afirma que o Projeto-A não era condizente com a ideologia dominante no Plenário e justifica esse fato ante a organização das comissões ter favorecido um menor custo para a aprovação de demandas.

As disputas e articulações políticas nessa fase foram intensas. A organização de 152

parlamentares, o chamado *Centrão*, mobilizou-se para criar outro Regimento Interno. A Resolução nº 3, de 5/1/1988, fruto dessa articulação, ampliou a possibilidade de modificação do Projeto de Constituição na fase do Plenário. Segundo o novo Regimento: a) a prerrogativa de mudanças no Projeto de Constituição passou a ser atribuição direta do Plenário; b) as emendas poderiam ser apresentadas para tratar de qualquer parte do texto do projeto e tinha por requisito a assinatura da maioria absoluta dos Constituintes; e c) a votação passaria a ser para se manterem os dispositivos no Projeto de Constituição, e não para a sua retirada (GOMES, 2006).

Coelho (1988) informa que no Plenário o trabalho das torcidas e *lobbies* pode ter influenciado alguns votos parlamentares. Perlatto (2019) acredita que essas pressões alinharam o texto constitucional a um viés mais progressista que o perfil geral dos Constituintes.

Nelson Seixas e Ivo Lech apresentaram emendas para incluir no texto constitucional o direito à acessibilidade dos edifícios, logradouros e transportes coletivos, por meio das Emendas 2P00426-1, 2P00547-1 e 2P00550-1, todas aprovadas pelo relator (BRASIL, 1988a). Ainda nessa fase, caso interessante ocorreu com a Emenda Coletiva 2P02044-0 (BRASIL, 1988a, p. 37-42), que tratava de adicionar ou modificar o texto de 266 artigos. Um deles modificava o direito à informação e à comunicação adaptadas às pessoas com deficiência auditiva e visual, conforme prescrito no art. 261 do Projeto de Constituição-A. A proposta reduziu o texto do artigo citado de forma que passou a tratar apenas do acesso à informação, que seria para todas as pessoas com deficiência, o que foi aprovado pelo parecer do relator (BRASIL, 1988a, p. 23). Todavia, na organização textual do Projeto de Constituição-B, o artigo foi esquecido (BRASIL, [1988b]). Dessa forma, o

Projeto de Constituição-B foi ao Plenário para discussão e votação com a seguinte abordagem sobre a acessibilidade:

Art. 230 [...]

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. [...]

Art. 244 A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 230, § 2º (BRASIL, [1988b], p. 144-150).

No segundo turno de votação, o Projeto de Constituição-B – composto por 245 artigos e 77 disposições transitórias – recebeu propostas de emendas para uma revisão geral, no mérito, do que fora aprovado (COELHO, 1988). As fases seguintes não modificaram os conteúdos analisados sobre acessibilidade; apenas foi renumerado o art. 230, que passou a ser o art. 227. A CRFB foi promulgada em 5/10/1988.

5 Conclusão

O presente artigo abordou o direito à acessibilidade no momento da Constituinte de 1987-1988. A acessibilidade é um direito que se reconhece à medida que o debate democrático se amplia. Verificamos que, diante da

EC nº 12/1978, os poucos parlamentares interessados em debater os assuntos assimilaram a ideia de que a acessibilidade estaria ligada à sua dimensão arquitetônica e de que se trataria de uma especificação do direito de ir e vir ligado às pessoas com deficiência.

Com o surgimento de novos espaços de debate e heterogeneidade dos sujeitos interessados em defender seus direitos, percebeu-se que a acessibilidade devia ir além da arquitetura adaptada e garantir acesso à informação e comunicação. Entretanto, essa percepção ainda estava ligada aos meios e não às pessoas.

Assim, durante as audiências públicas com garantia de espaço aos representantes de movimentos sociais de pessoas com deficiência intelectual, auditiva, física e visual, percebeu-se que se tratava de um direito de cidadania, em que se pleiteava a participação comunitária, com o reconhecimento de que cada uma dessas condições suscitava uma resposta diferente da comunidade.

Dessa forma, as pessoas com deficiência física e visual buscavam a livre circulação em edifícios públicos e particulares de uso coletivo, ruas e transportes coletivos que não lhes impedisse o direito de ir e vir, ao passo que as pessoas com deficiência visual, auditiva e intelectual reclamavam acesso à informação e à comunicação.

Todavia, calçadas e ruas largas e sem obstáculos, transportes e portas que não impeçam o trânsito de cadeiras de rodas, livros em braile e programas televisivos com legendas não são suficientes para a efetivação da acessibilidade. A comunicação clara e informação para todos, ou os meios e objetos físicos de uso universal só são possíveis mediante a eliminação das barreiras atitudinais. A integração pretendida com a acessibilidade debatida na Assembleia Nacional Constituinte fundamenta-se no exercício da cidadania.

Sobre os autores

Sérgio Rafael Nascimento e Bouças é mestre em Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos pela Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil.
E-mail: sergio.rafael.nb@gmail.com

Raphael Peixoto de Paula Marques é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: raphapeixoto@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BOUÇAS, Sérgio Rafael Nascimento e; MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. A acessibilidade e a integração da pessoa com deficiência na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 59-72, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p59

(APA)

Bouças, S. R. N. e, & Marques, R. P. de P. (2023). A acessibilidade e a integração da pessoa com deficiência na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 59-72. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p59

Referências

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. (Série Colóquios de Excelência, n. 2). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/10028>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. *Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a elaboração da Constituição de 1988: construção, procedimento e legitimidade*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/33177>. Acesso em: 27 dez. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. *Anteprojeto: relatório*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987a. v. 196. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-196.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. *Apresentação de emendas*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987b. v. 197. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-197.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição: emendas oferecidas em Plenário (constituintes e eleitores): volume 3 (Emendas 14136 a 20791)*. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987c. v. 229. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-229.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição*: parecer do relator sobre as emendas oferecidas em Plenário. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988a. v. 260. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-260.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição*: redação para o segundo turno de discussão e votação. [Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988b]. Suplemento 1. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-299-sup01.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Resolução nº 1, de 1987*. Estabelece normas preliminares para funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, até a aprovação de seu Regimento Interno. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987d. v. 322. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-322.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Comissão Nacional do Ano Internacional das Pessoas Deficientes. *Relatório de atividades*. [S. l.]: Comissão Nacional do AIPD, 1981. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002911.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978*. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Brasília, DF: Presidência da República, [1988c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 16, n. 61, p. 307-318, jan./mar. 1979. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181299>. Acesso em: 27 dez. 2022.

COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (coord.). *O processo constituinte 1987-1988*: documentação fotográfica: a nova Constituição. Brasília, DF: Agil-UnB, 1988. p. 41-60.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 42, n. 1, 2 fev. 1987a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/001anc02Fev1987.pdf#page=>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 1, n. 33, 25 mar. 1987b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 1, n. 54, 8 maio 1987c. Suplemento. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/ComissaoVII_SubC_Reuniao4.pdf. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 1, n. 54, 8 maio 1987d. Suplemento. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/comissao7ii_subc_audienciapublica5. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 1, n. 62, 20 maio 1987e. Suplemento. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=107>. Acesso em: 27 dez. 2022.

_____. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 1, n. 63, 21 maio 1987f. Suplemento. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21mai1987.pdf#page=91>. Acesso em: 27 dez. 2022.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano 33, n. 96, 24 ago. 1978. Disponível em: https://imagem.camara.leg.br/dc_20b.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=24/8/1978#/. Acesso em: 27 dez. 2022.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GENRO FILHO, Adelmo. Os autênticos e a ilusão do poder: a ingenuidade de uma tomada do poder “rápida e segura” para derrotar a “distensão lenta e gradual”. *Movimento*, Rio de Janeiro, n. 155, 19 jun. 1978. Debate, p. 6. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=318744&pesq=tales%20ramalho&hf=memoria.bn.br&pagfis=3166>. Acesso em: 27 dez. 2022.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 193-224, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582006000100008>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582006000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 dez. 2022.

GONÇALVES, Mônica. A Comissão Arinos como ensaio técnico da Constituinte de 1987-88. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. [Anais]. Rio de Janeiro: ABCP, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/web/system/files/documentos/eventos/2017/04/comissao-arinos-como-ensaio-tecnico-constituente-1987-88-796.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (comp.). *História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/Hist%C3%B3ria_do_Movimento_Pol%C3%ADtico_das_Pessoas_com_Defici%C3%Aancia_no_Brasil.pdf?1473201976. Acesso em: 27 dez. 2022.

MDB ainda não se dispôs a apoiar a Frente Nacional de Redemocratização. *Lavoura e Comércio*, Uberaba, ano 79, n. 19.995, p. 9, 3 jun. 1978. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=830461&pesq=tales%20ramalho&hf=memoria.bn.br&pagfis=21149>. Acesso em: 27 dez. 2022.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Recibir y concebir el derecho en la historia: una propuesta a la base de la función de la historia del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*: RTFD, [s. l.], n. 7, p. 1-18, 2003-2004. Disponível em: <http://www.rtfed.es/numero7/1-7.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 121-132.

PERLATTO, Fernando. As disputas políticas e a constituinte brasileira de 1987-1988: projetos, sonhos e utopias. *Ler História*, [s. l.], n. 75, p. 89-109, 2019. DOI: <https://doi.org/10.4000/lerhistoria.5588>. Disponível em: <http://journals.openedition.org/lerhistoria/5588>. Acesso em: 27 dez. 2022.

ROCHA, Antônio Sérgio. (Des)venturas do poder constituinte no Brasil, 1964-1986. In: HOLLANDA, Cristina Buarque de; VEIGA, Luciana Fernandes; AMARAL, Oswaldo E. do (org.). *A Constituição de 88 trinta anos depois*. Curitiba: Ed. UFPR: Fundação Konrad Adenauer: ABCP, 2018. p. 181-202.

UNITED NATIONS. General Assembly. A/RES/31/123. International year of disabled persons. [S. l.]: UN Documents, 1976. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a31r123.htm>. Acesso em: 27 dez. 2022.

VERSIANI, Maria Helena. Constituinte de 1987/1988: a sociedade brasileira vive a democracia. In: QUADRAT, Samantha Viz (org.). *Não foi tempo perdido: os anos 80 em debate*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2014. p. 362-384.

_____. *Linguagens da cidadania: os brasileiros escrevem para a Constituinte de 1987/1988*. 2013. Tese (Doutorado em História, Política e Bens Culturais) – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10842>. Acesso em: 27 dez. 2022.

O Tesouro Nacional como cliente bancário

Definição, justificativa e fundamentos jurídicos do regime de conta única

LEANDRO MACIEL DO NASCIMENTO

Resumo: O trabalho aborda um dos aspectos mais importantes do Direito Financeiro brasileiro: a Conta Única do Tesouro Nacional. Trata-se de instrumento de gestão de caixa, por meio do qual as receitas e despesas do Governo Federal são geridas de modo centralizado e sob custódia do Banco Central. É tema relacionado à eficiência na gestão do orçamento público, à redução dos custos do financiamento, ao controle inflacionário, à transparência e à responsabilidade. Na primeira parte, são apresentados conceitos, características e abrangência do regime de conta única. Na segunda parte, aborda-se o caso brasileiro. São expostos os fundamentos jurídicos e sua evolução normativa. Em seguida, é apontado o regramento jurídico dos fluxos de recebimentos e pagamentos. Embora a conta seja única, há segregação de recursos em subcontas. São apresentados os saldos e os valores da remuneração das disponibilidades da União nos últimos anos, bem como a natureza desvinculada de tais receitas.

Palavras-chave: Direito Financeiro; conta única; Tesouro Nacional; Banco Central; responsabilidade.

The National Treasury as a bank customer: definition, justification and legal basis of the treasury single account regime

Abstract: The work addresses one of the most important aspects of Brazilian budget rules: the treasury single account. It is a cash management instrument, through which the Federal Government's revenues and expenses are managed under the custody of the Central Bank. It is a topic that touches on efficiency in the management of the public budget, the reduction of the cost of financing, inflation control, transparency and accountability. In the first part, concepts, characteristics and scope of

Recebido em 24/6/22
Aprovado em 23/9/22

the single account system are presented. The second part discusses the Brazilian case. The legal foundations and their normative evolution are exposed. Then, the legal rules of the flows of receipts and payments are presented. Although the account is unique, there is segregation of resources. The balances and amounts of the remuneration of the Union's cash and cash equivalents in recent years are presented, as well as the unlinked nature of such revenues.

Keywords: budget law; treasury single account; National Treasury; Central Bank; accountability.

1 Introdução

Este trabalho aborda um dos aspectos mais importantes do relacionamento entre o Banco Central do Brasil (BCB) e o Tesouro Nacional (TN): a Conta Única da União (CTU). Trata-se de instrumento jurídico e contábil de gestão de caixa, previsto no Direito Financeiro, por meio do qual as receitas e despesas do Governo Federal, incluindo as relativas à dívida pública, são geridas de modo centralizado e sob custódia da autoridade monetária. É tema que toca à eficiência na gestão de recursos públicos, à redução do custo do financiamento das ações estatais, ao controle de pressões inflacionárias e à transparência quanto às operações realizadas.

Parte-se do pressuposto de que, no cumprimento das funções alocativa, distributiva e estabilizadora, a atividade financeira do Estado gera externalidades (positivas e negativas) na economia. Isso porque, em razão do volume e da destinação dos recursos movimentados, a gestão do caixa estatal necessita de um mínimo de coordenação quanto ao registro de entradas e de saídas, preferencialmente por meio do menor número possível de contas bancárias.

O trabalho está dividido em duas partes, além desta introdução e das considerações finais.

Na primeira parte, aborda aspectos conceituais, características e abrangência do regime de conta única para o gerenciamento de receitas e despesas públicas. A seguir, apresenta o caso brasileiro. Expõe os fundamentos jurídicos e a evolução normativa da Conta Única do Tesouro Nacional, desde sua criação em 1986, num contexto de reformas institucionais na gestão das finanças públicas nacionais (orçamentos, dívida pública e políticas monetária e creditícia), passando pela

Assembleia Nacional Constituinte nos dois anos seguintes, pela Lei de Responsabilidade Fiscal e diplomas normativos posteriores.

Por fim, na segunda parte, expõe os aspectos jurídicos do fluxo de recebimentos e pagamentos realizados por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi). Destaca que, embora no âmbito do Governo Federal a conta seja considerada única, há segregação de recursos em subcontas. Apresenta os saldos da conta única, valores e a natureza jurídica da remuneração paga nos últimos anos pelo BCB ao TN, pela manutenção das disponibilidades de caixa.

Trata-se de assunto relevante, mas ainda pouco explorado no âmbito do Direito Financeiro nacional. Em razão dos elevados valores movimentados (fluxos), dos saldos acumulados (estoques) e das receitas geradas, a análise jurídica da Conta Única demanda maior atenção e aprofundamento por pesquisadores e por todos os que atuam profissionalmente em áreas que envolvem orçamentos públicos e administração financeira.

2 Regime de conta única: definição, justificativa e abrangência

2.1 Definição do regime de conta única

Entende-se por *conta única* a “estrutura unificada de contas bancárias do governo que oferece uma visão consolidada dos recursos do caixa governamental”. Encontra fundamento no princípio da unidade de tesouraria e pode ser operacionalizada por uma única conta ou por um conjunto de contas vinculadas entre si, por meio das quais o governo transaciona todos os seus recebimentos e pagamentos (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 5, tradução nossa).

Quanto à natureza, trata-se de estrutura jurídico-contábil sob a forma de uma conta bancária unificada, normalmente estabelecida e regulada pelas leis do país que a adota. A importância da previsão legal está em assegurar estabilidade ao mecanismo (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 6). Tal modelo, por sua essência, visa ao gerenciamento global do fluxo de caixa governamental (*cash management*).¹ Permite com isso a obtenção de informações mais precisas e mais ágeis, com dados consolidados acerca das transações realizadas.

¹“*Cash management* is the process of administering monies to ensure that they are available over time to meet expenditure needs and that, when temporarily not needed, they are invested at a minimum risk and a maximum yield. Cash management involves both short and long-term investments. The latter are used mainly in the case of pension funds that try to build up reserves for future years when employees retire” (LEE JUNIOR; JOHNSON; JOYCE, 2013, p. 359, grifo nosso).

A adoção do regime de conta única – ou TSA (*treasury single account*) – funda-se no princípio da unidade de tesouraria, segundo o qual todas as receitas e todas as despesas devem estar reunidas numa conta principal (ou num “caixa” único). Como dito, a finalidade é possibilitar a obtenção, do modo mais ágil e fidedigno possível, de informações detalhadas sobre todas as operações realizadas.

Embora soe paradoxal, o mais relevante quanto ao mecanismo de atuação não é a existência de uma única conta bancária sem qualquer subdivisão ou segregação. O que caracteriza um regime de TSA é a possibilidade de integração entre eventuais subcontas à conta principal e unificação e o acesso imediato a todas as transações de receitas e de despesas.

Assim, é possível operar a TSA por um conjunto de contas (ou subcontas) interligadas (*set of linked accounts*). No caso, o peso deve ser dado à interconexão das subcontas, à abrangência do sistema e ao efetivo registro unificado de informações. Por outro lado, o fato de a conta estar sob a custódia do banco central (e não no sistema bancário) é questão que importa mais à execução da política monetária que ao gerenciamento das receitas e despesas propriamente dito (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 5).

Em verdade, questões de ordem prática, de controle de operações e de transparência de dados demandam algum nível de segregação de contas bancárias. Com efeito, dificilmente algum país de economia mais complexa teria condições de manter todas as movimentações financeiras do tesouro público numa única planilha de entradas e saídas. É o caso brasileiro, onde, não obstante o regime de caixa e de conta única tenham previsão legal, a Conta Única da União apresenta três subdivisões: as subcontas Tesouro Nacional, Dívida Pública e Fundo do Regime Geral de Previdência Social (FRGPS). No entanto, todas estão interligadas e possibilitam a geração de informações consolidadas sobre os fluxos e os estoques do caixa governamental.

Por fim, ressalte-se a principal vantagem (em termos de transparência e de coleta de informações) da adoção da conta única: a possibilidade de reunir todos os dados com base numa única fonte. Tal procedimento afasta a necessidade de conferência, com todas as dificuldades e riscos inerentes, de cada uma das operações realizadas em contas dispersas e sem interligação. Com isso, o tesouro não necessita realizar o controle de caixa no nível de cada operação (*transaction level*). Em suma, com o sistema unificado: 1) elimina-se o volume de depósitos correntes ociosos e sem remuneração; 2) elimina-se a necessidade de manutenção de depósitos para transações entre órgãos governamentais; e 3) mitiga-se o risco, caso o governo esteja exposto ao sistema bancário comercial privado (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 119).

Desse modo, o modelo unificado apresenta vantagens, pois possibilita melhor gerenciamento das disponibilidades, financiamento das despesas com menor custo e melhor acompanhamento, pelas autoridades monetárias, do fluxo de liquidez na economia.²

Em suma, o mecanismo de TSA deve apresentar ao menos três características: 1) efetiva unificação das contas bancárias; 2) ampla abrangência quanto às unidades orçamentárias (*spending unities*); e 3) caráter compreensivo da totalidade de receitas e despesas, incluindo as orçamentárias, extraorçamentárias e fundos diversos (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 5; WILLIAMS, 2013, p. 360).

2.2 Justificativas para a adoção do modelo de conta única

A adoção de conta única tem respaldo, de um lado, numa justificativa mais ampla e, de outro, num conjunto de motivações específicas. Explica-se.

O fundamento amplo está no reconhecimento de que a unificação do caixa governamental possibilita visibilidade, controle e transparência para as finanças públicas e, ao mesmo tempo, elimina os efeitos da ocorrência de saldos ociosos nas contas bancárias separadas. Esses saldos ociosos geram relevantes custos de oportunidade (WILLIAMS, 2013, p. 359-360).

Com efeito, além de dificultar a transparência e o controle, a existência de saldos ociosos em diversas contas bancárias gera: 1) perda de receitas financeiras; 2) aumento do custo do financiamento das atividades, já que, ao lado de saldos ociosos, pode haver contas deficitárias, cuja cobertura demanda emissão de dívida; e 3) necessidade de controle de mais uma variável de política monetária, visto que os saldos são “ociosos” apenas para o tesouro público, mas não para o sistema bancário. Dessa forma, os bancos poderão colocá-los “em circulação” e, com o efeito multiplicador, impactar o controle inflacionário (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 4; LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 129). A unificação do caixa corrige tais situações.

² Se as disponibilidades do Tesouro Nacional estivessem depositadas em bancos comerciais, haveria melhor controle da liquidez na economia: “A centralização da conta [única] do Tesouro Nacional no Banco Central constituiu significativo avanço [...] institucional das finanças públicas. Além disso, a partir de maio de 1990 tem-se alcançado inequívoco aperfeiçoamento na execução da política monetária, em função principalmente do fim da ‘zeragem automática’ e do relançamento da LTN. Entretanto, a manutenção exclusiva das disponibilidades do Tesouro no Bacen apresenta algumas repercussões negativas na condução de operações de mercado aberto. O problema não seria de descontrole [da] base monetária a médio ou longo prazo, mas sim de dificuldades de balizamento diário desse agregado e das consequentes oscilações bruscas de taxas de juros de mercado. Nesse sentido, propõe-se a disseminação da conta [única] do Tesouro também [em] bancos comerciais, de modo que o Tesouro, adicionalmente aos recursos estáveis mantidos no Banco Central, teria contas na rede de bancos comerciais, públicos ou privados, que exerceriam todas as tarefas pertinentes à arrecadação fiscal e ao pagamento de despesas governamentais” (OGASAVARA, 1991, p. 287, grifos nossos).

Saliente-se que a existência de conta única não restringe a autonomia dos órgãos e entidades que ordenam despesa. Com efeito, a centralização das receitas e despesas é uma das possíveis modalidades de gerenciamento do caixa governamental. Trata-se de mecanismo de natureza operacional e não interfere no mérito das opções orçamentárias, muito menos na execução das despesas previstas em lei. Assim, as decisões políticas materializadas nas despesas devem estar sempre estabelecidas em lei, independentemente de sua execução ocorrer em contas mantidas em bancos comerciais ou em conta única sob custódia do banco central (TER-MINASSIAN; MARTÍNEZ-MÉNDEZ; PARENTE, 1995, p. 6).

Ademais, em razão de suas vantagens, reconhece-se que a adoção de conta única é reconhecida internacionalmente como boa prática de condução das finanças públicas (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2007, p. 55). Recentemente, por exemplo, em meio a uma série de reformas estruturais, a Nigéria implantou o regime de conta única. Kanu (2016, p. 43-44, grifos nossos, tradução nossa) relata os efeitos e as vantagens da centralização das contas bancárias governamentais:

Até a introdução do mecanismo de conta única na República Federal da Nigéria, os órgãos governamentais (Ministérios, Departamentos e Agências) que movimentavam recursos públicos *tinham uma multiplicidade de contas em bancos comerciais, usavam parte da receita gerada para financiar suas operações e então remetiam o excedente para a conta do governo federal*. Como resultado, esses órgãos pagavam à conta do governo o que consideram adequado. Nessa situação, alguns ministérios se tornaram mais ricos do que um governo. O resultado dessa situação incluía vazamentos de fundos, desvios de recursos públicos e a incapacidade de o governo saber o valor exato em sua conta. *Os orçamentos eram, portanto, preparados com base em projeções falsas, levando a uma implementação deficiente*. No

entanto, os maiores beneficiários dessa situação eram os próprios bancos, que contaram com os depósitos dos ministérios (dinheiro público) e empréstimos do governo junto aos bancos com elevadas taxas de juros. Acima de tudo, os bancos não se preocupavam mais em mobilizar dinheiro de outros setores da economia. Os saldos das contas do governo estavam ociosos nos bancos. Tudo isso atrapalhou o crescimento da economia. *O plano de fundo acima resultou na recente exigência da Presidência de que todos os órgãos e ministérios deveriam fechar suas contas em bancos comerciais e transferir os saldos para a conta do governo federal mantida no Banco Central da Nigéria*.

Além das vantagens relativas ao aumento da transparência, à redução dos custos da cobertura de déficits e à maior fidelidade das projeções orçamentárias, a centralização do caixa propicia ganhos em termos de economia de escala e reduz custos de transação (TER-MINASSIAN; MARTÍNEZ-MÉNDEZ; PARENTE, 1995, p. 5).

De um lado, diminuem as despesas financeiras normalmente cobradas por transações bancárias comuns. Em verdade, mais que diminuição de despesas, o tesouro público torna-se credor das instituições financeiras, pois passa a receber receitas decorrentes da remuneração dos saldos. De outro lado, há ganhos indiretos, que seriam menores numa estrutura descentralizada de contas bancárias. É o caso da redução dos atrasos no recebimento das receitas (tributos e outros ingressos coletados pelo sistema financeiro) e no pagamento aos credores do governo (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 4).

Por sua vez, a adoção de conta única facilita a conciliação entre os dados bancários e a execução orçamentária, para fins de registro, auditoria e controle. Por *conciliação bancária* entende-se a verificação dos lançamentos e registros contábeis com os extratos bancários. Segundo as normas do Siafi, essa conferência é feita diariamente (BRASIL, 1996, p. 109).

Embora as vantagens da unificação sejam intuitivas, esse modelo somente veio a ser implantado há poucas décadas no Brasil. Antes da unificação em 1986, a execução orçamentária apresentava uma situação que beirava o descontrole quanto ao relacionamento bancário:

A estimativa existente antes dessa unificação era de que havia 3,7 mil contas bancárias do governo. Verificou-se, na realidade, que eram cerca de 12 mil. Não se sabia ao certo também o número de gestores que movimentavam essas contas. O cálculo era da ordem de 1,8 mil. Aferiu-se, posteriormente, que eram mais de 4 mil. Embora a implantação tenha sido gradativa, a estratégia para obrigar todos a utilizar o sistema foi encerrar milhares de contas bancárias existentes e centralizá-las em apenas uma, que só poderia ser movimentada a partir do SIAFI. Mesmo nos períodos de alta inflação, mantinham-se elevados saldos médios parados nessas diversas contas, em prejuízo do contribuinte. Pouco antes dessa centralização, o saldo médio diário era da ordem de US\$ 4 milhões. A simples eliminação desses saldos médios pagou a instalação do sistema (FERREIRA, 2016, p. 104, grifos nossos).

A conta única permite a centralização de todos os saldos ociosos e possibilita a utilização das disponibilidades para o cumprimento de obrigações que apresentam vencimento em menor prazo. Com isso, reduz os custos do financiamento. Em um sistema com diversas contas bancárias, é comum ocorrer a seguinte situação: de um lado, valores disponíveis em um grupo de contas, à espera do vencimento ou mesmo da liquidação das obrigações; e, de outro, obrigações, cujo pagamento está a cargo de contas zeradas ou com saldo insuficiente. O resultado será ou o atraso (o que gera multas, juros e correção) ou o endividamento, igualmente sob o custo de juros, para o cumprimento de obrigações vencidas. A adoção da conta única afasta essa possibilidade (PESSOA; WILLIAMS, 2012, p. 8-9).

Ademais, o gerenciamento do caixa em conta única possibilita melhor coordenação entre as políticas monetária e fiscal. A multiplicidade de contas com recursos ociosos permite que os bancos utilizem tais recursos em suas atividades finalísticas. Como os recursos não ficam ociosos para os bancos, estes, em face do efeito multiplicador, podem expandir o crédito e aumentar a base monetária. Diante da necessidade de controle da liquidez com operações de mercado aberto, contas com saldos ociosos impactam os custos da política monetária pelo aumento da taxa básica de juros ou por meio de outras operações que resultem no aumento da dívida pública (PESSOA; WILLIAMS, 2012, p. 8).

De modo geral, o regime de conta única diminui as oscilações do fluxo de caixa, pois possibilita melhor previsão de receitas e programação das despesas. No médio e no longo prazos, possibilita ambiente mais estável para a política monetária, pois os impactos da ação do tesouro, por meio do recebimento de tributos (diminuição da liquidez) e da realização de pagamentos (aumento da liquidez), tornam-se mais previsíveis.

Além disso, com a centralização dos depósitos do tesouro no banco central, o sistema bancário deixa de ter uma fonte de moeda relevante e barata (KANU, 2016, p. 46). Recursos públicos muitas vezes ficam ociosos (à espera do cumprimento das obrigações) e transitam nos balanços dos bancos comerciais, sem que sejam remunerados adequadamente. Tal situação, quando ocorre em ambientes inflacionários, gera perdas relevantes de receitas. E, havendo múltiplas contas bancárias, a manutenção dos saldos do tesouro em bancos comerciais sem remuneração adequada configura um verdadeiro subsídio governamental ao setor financeiro (PESSOA; WILLIAMS, 2012, p. 8).

Embora a adoção de conta única esteja entre as boas práticas recomendadas por organismos

como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e seja utilizada pela maioria dos países de economia avançada, há críticas a esse modelo de gestão de caixa governamental.

O principal e mais mencionado aspecto diz respeito ao controle da liquidez na economia (OGASAVARA, 1991, p. 290-291). Afirma-se que, se o caixa do tesouro estiver pulverizado em todo o sistema bancário, os pagamentos e os recebimentos governamentais gerarão menor impacto no aumento ou redução do dinheiro em circulação (GARCIA, 1994, p. 18). Essa situação, afirma-se, demanda intervenções menores da autoridade monetária, por meio de operações de mercado aberto ou pelo aumento (ou diminuição) de depósitos compulsórios. Isso porque o próprio sistema bancário passa a compensar a flutuação do volume de dinheiro em circulação ocorrida em razão da atuação do tesouro, pois o “crédito num banco seria o débito em outro banco, facilitando muito o controle do BC sobre a base monetária” (GARCIA, 1994, p. 19). Assim, o custo da atuação do banco central seria menor.

Afirma-se, pois, que a concentração dos depósitos do tesouro no banco central tende a pressionar a autoridade monetária a fazer controle de curto prazo da liquidez, o que traz “dificuldade de balizamento da evolução diária deste agregado, e das oscilações da taxa de juros de mercado daí decorrentes” (CYSNE, 1990, p. 2). Cita-se, em reforço do argumento, o caso dos EUA, onde o tesouro deposita parte de suas disponibilidades no Federal Reserve (FED) e parte em bancos comerciais (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 133).

Os avanços da tecnologia da informação permitem, a princípio, utilizar o sistema bancário para obter os benefícios do modelo de conta única sem as desvantagens da descentralização. Entre as vantagens estariam as receitas auferidas pela aplicação dos valores, as quais “passariam a ser computadas como receita patrimonial do

Tesouro, tornando livre e legítima a sua utilização para qualquer despesa” (NUNES, 1999, p. 131). No entanto, não poderia ser afastado o risco de crédito no caso de crises bancárias, além da guarda de dados e de informações sensíveis sobre as ações do tesouro, que sinalizam medidas de política econômica.

Loyola (2016) resume o cerne do debate sobre a adoção do modelo de conta única: a divergência decorreria do foco a ser adotado. Uns priorizam a política monetária, a cargo do banco central; outros, o gerenciamento do caixa pelo tesouro. No fim, conclui, a opção pela conta única é a mais recomendável, a despeito das pressões geradas sobre os níveis de liquidez na economia (LOYOLA, 2016, p. 231-232).

Assim, embora exija uma atuação defensiva por parte da autoridade monetária ante as movimentações financeiras do tesouro, o modelo de conta única justifica-se: 1) pelo reforço à transparência; 2) pela melhoria no gerenciamento dos valores; 3) pela extinção de saldos ociosos e sem remuneração em contas dispersas; 4) pela redução global do custo do financiamento do governo; e 5) pelo afastamento da possibilidade de o tesouro ser diretamente atingido pelo risco de crédito em situações de crise bancária.

Ressalte-se, por fim, que a implantação de conta única está incluída entre as boas práticas internacionais de *public financial management*, colocado em prática no Brasil a partir da segunda metade dos anos 1980.

2.3 Abrangência do regime de conta única

A unificação das contas bancárias governamentais mostra-se necessária, pois assegura à autoridade fiscal poder acompanhar, de modo efetivo e em tempo hábil, todo o fluxo de caixa. Fala-se em fungibilidade de todas as fontes de recursos (*fungibility of all cash resources*), que não seria possível num ambiente com

multiplicidade de contas em instituições bancárias (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2011, p. 3).

Num modelo ideal, uma vez adotada a conta única, não poderiam existir contas paralelas, a partir das quais os recursos do governo viessem a ser movimentados. Entretanto, é possível haver algum nível de descentralização, desde que haja um sistema em que todas as contas menores (subcontas) estejam necessariamente vinculadas à TSA.

Além disso, todas as unidades arrecadoras e todas as unidades ordenadoras de gasto devem estar abrangidas pelo sistema de conta única. Com efeito, se adotado esse modelo, nenhum órgão ou entidade poderia executar o orçamento sem a supervisão e o acompanhamento do órgão central do Tesouro. Sem essa abrangência, a transparência e o controle estarão comprometidos, visto que despesas públicas relevantes poderiam ser realizadas fora dos limites orçamentários, agravando o risco de retorno à situação que o regime de conta única busca evitar: a existência de recursos ociosos e dispersos e, simultaneamente, contas deficitárias, que geram necessidades de emissão de dívida pública no curto prazo.

Além das características anteriores (centralização das transações e abrangência a todas as unidades orçamentárias), o modelo demanda que a totalidade de ingressos e de saídas governamentais transitem em algum momento pela conta única, inclusive as receitas próprias obtidas por unidades descentralizadas (PESSOA; WILLIAMS, 2012, p. 6). E tal exigência inclui tanto recursos orçamentários e extraorçamentários quanto as operações realizadas por fundos especiais (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 5).

O mecanismo de conta única deve ser o mais abrangente possível. No entanto, por uma série de razões, pode ocorrer de a cobertura não atingir todas as movimentações de todos os

órgãos e entes públicos. A situação ideal é que a TSA englobe pelo menos as transações do governo central.³ Nesse sentido, é considerada boa prática internacional a inclusão de fundos controlados pelo governo central e fundos extraorçamentários no âmbito de abrangência da conta única. Contudo, a operacionalização pode ser dificultada em razão de impedimentos legais de naturezas diversas (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 10).

Nesse contexto, três pontos merecem atenção quanto à abrangência da TSA: 1) entes subnacionais; 2) empresas estatais; e 3) fundos compostos por doações ou ajudas internacionais.

Quanto aos governos subnacionais, dada sua autonomia em muitos países, principalmente em algumas formas de federação, é imprescindível um acordo, pautado na constituição e nas leis, entre eles e o governo central, para que o fluxo de seus recursos seja incluído na conta única nacional. No entanto, tal opção deve ser cercada de cautela, para não ocorrer risco de cobertura interfederativa de déficits (*short-term liquidity needs of subnational governments*), tanto pelo governo central quanto pelos governos locais, embora seja possível reduzir o custo do financiamento do governo geral (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 10).

De modo semelhante, não é considerada boa prática internacional incluir as empresas estatais na abrangência da conta única. Dada sua natureza, há risco de limitação de sua autonomia

³De acordo com o FMI (2001 apud DZIOBEK; JIMÉNEZ DE LUCIO; CHAN, 2013, p. 4), por *governo central* entendem-se os poderes da União, todos seus órgãos e entidades, incluindo eventuais unidades extraorçamentárias e os fundos de seguridade social. *Governo geral* abrange o *governo central* e os *governos subnacionais*, no caso estados, Distrito Federal e municípios. Por fim, o conceito mais abrangente de todos é o de *setor público*, o qual inclui o *setor público não financeiro* (*governo geral* e as empresas estatais não financeiras) e o *setor público financeiro* (*empresas estatais financeiras* e o Banco Central) (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2001 apud DZIOBEK; JIMÉNEZ DE LUCIO; CHAN, 2013, p. 5).

operacional e de tornar menos nítidas as fronteiras entre o governo central e setor público em sentido amplo, acarretando prejuízos às atividades exercidas pelas empresas estatais em seu segmento de atuação no mercado (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 10).

Por fim, o caso dos fundos compostos por doações oriundas do exterior. De modo a assegurar a aplicação dos recursos doados de acordo com os objetivos a que se destinam, os doadores (o que inclui países) costumam condicionar o repasse dos valores à segregação em contas bancárias específicas. Trata-se de situação muito comum quando os beneficiários são países de economia mais frágil que a dos doadores. O objetivo seria evitar que os repasses, ao ingressarem na conta única, venham a se confundir com as demais receitas e se destinem ao pagamento de outras despesas, em desvio de finalidade.

Embora tal exigência leve à fragmentação do gerenciamento do caixa local, tende a reduzir possível insegurança dos doadores. Na perspectiva de quem repassa os recursos, a segregação traz mais transparência quanto à utilização dos valores. Entretanto, em sintonia com o compromisso dos doadores, conforme a Declaração de Paris, de usar os sistemas de gestão das finanças públicas do país ao qual se destinam as doações, os governos beneficiários devem encorajar, na medida do possível, os doadores a integrarem os recursos doados no regime de conta única onde houver (PATTANAYAK; FAINBOIM, 2010, p. 11-12).

Em suma, *conta única* é uma estrutura que visa a reunir e a consolidar o fluxo de caixa governamental num só local. Usualmente, é mantida sob a custódia do banco central, onde todas as operações financeiras governamentais são realizadas e registradas, incluindo a manutenção de disponibilidades. Em razão da unificação, nenhuma unidade orçamentária do

governo central poderá estar desvinculada da conta única (TER-MINASSIAN; MARTÍNEZ-MÉNDEZ; PARENTE, 1995, p. 6).

3 O caso brasileiro: a conta única do Tesouro Nacional

3.1 Caracterização da conta única do Tesouro Nacional

No gerenciamento das receitas e despesas da União, incluindo as operações relativas à dívida pública, o Direito Financeiro brasileiro estabelece a centralização de tais atividades em uma conta única. Por determinação constitucional (art. 164, § 3º (BRASIL, [2022a])), as disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional (TN) devem ficar sob a custódia do Banco Central do Brasil (BCB).

Desse modo, como regra o TN não pode manter seus saldos depositados junto à rede de bancos comerciais, ainda que estatais. O modelo está em vigor há mais de trinta anos, ressalvadas críticas antigas quanto ao impacto da centralização na execução da política monetária e quanto à possibilidade de financiamento implícito do BCB em favor do TN (CYSNE, 1990; OGASAVARA, 1991; GARCIA, 1994; NUNES, 1999).

Por meio da Conta Única, o BCB exerce a atribuição de banqueiro da União. Em regra, todos os Poderes, todas as entidades e todos os órgãos da administração direta e indireta federais devem realizar suas operações por meio do caixa na custódia do BCB. Estão excluídas, porém, tanto as empresas estatais quanto os fundos, em razão de sua natureza jurídica e da sua dimensão, como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), cuja gestão fica a cargo da Caixa Econômica Federal (CEF) (GUARDIA, 2016, p. 298), e o Fundo da Amazônia, composto

em boa parte por recursos de origem externa, sob a custódia do BNDES (CONTI, 2019).

Pelo lado da receita, todos os ingressos da União são direcionados para a Conta Única. Pelo lado do gasto, mediante autorização nas leis de orçamento, são estabelecidos limites de saques (ou de pagamento) para cada item ou dotação, em nome de cada unidade ordenadora. Estas, cumpridas as formalidades e mediante ordem bancária (OB), determinam os pagamentos a débito na Conta Única. Todas as operações são realizadas por meio do sistema Siafi, de modo que, ao final de cada exercício, as informações sobre a execução financeira e orçamentária podem ser rapidamente consolidadas e disponibilizadas para as mais diversas finalidades.

O BCB é banco de um único cliente, o TN. De acordo com a Lei nº 4.595, de 31/12/1964, deverá operar “exclusivamente com instituições financeiras públicas e privadas, vedadas operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, salvo as expressamente autorizadas por lei” (art. 12 (BRASIL, [2021b])). Assim, não pode receber disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, por exemplo. Como será visto adiante, ao executar as operações a partir da Conta Única, o BCB o faz também por meio do Banco do Brasil (BB), que atua como agente financeiro executor.

Os governos subnacionais devem manter suas disponibilidades sob os cuidados de instituições financeiras oficiais, com exceção dos casos previstos em lei (art. 164, § 3º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022a])). Desse modo, o monitoramento e o controle dos efeitos expansionistas ou contractionistas da gestão de tais recursos são realizados pelo BCB, pelos instrumentos usuais de política monetária, e não de modo direto, pela gestão de contas únicas estaduais e municipais.

Nesse ponto, o dispositivo reforça no BCB o modelo de banco central clássico.⁴ Como tal, atua como emissor de moeda, executor da política monetária, prestador de última instância, supervisor da higidez do sistema financeiro e banqueiro do governo nacional. Acrescente-se ainda que, com a Lei Complementar nº 179, de 24/2/2021, seus escopos foram ampliados: além de “assegurar a estabilidade de preços” como seu objetivo fundamental (art. 1º, *caput*), passou a ter os objetivos secundários de “[1] zelar pela estabilidade e pela eficiência do sistema financeiro, [2] suavizar as flutuações do nível de atividade econômica e [3] fomentar o pleno emprego” (art. 1º, § 1º (BRASIL, 2021a)).

3.2 Caracterização e evolução normativa da conta única no Brasil

Mesmo antes da promulgação da CRFB, já havia previsão para a unidade de caixa no Direito Financeiro brasileiro. Desde pelo menos a década de 1960.⁵

A Lei nº 4.320, de 17/3/1964, estabelece, em sua redação original, a obrigação de que o “recolhimento de tôdas [*sic*] as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade

⁴“Nowadays, central bankers agree in acknowledging that they are entrusted two main (possibly conflicting) tasks: securing *financial stability* and *monetary stability*. The former task consists of the provision of the microeconomic central banking functions: the *management of the payment system*, *lending of last resort*, and *banking supervision*. The latter task consists of the provision of the macroeconomic central banking functions: the *issuance of money* and the *conduct of monetary policy*” (UGOLINI, 2017, p. 13, grifos nossos). Na classificação acima, as atividades de banqueiro do governo, a incluir a gestão da conta única, inserem-se no contexto de garantia da estabilidade monetária (FRANCO, 2017).

⁵Em verdade, desde pelo menos a década de 1920, havia a previsão normativa (por ato infralegal) de reunião de receitas na “conta do Tesouro Nacional”, conforme estabelecido no Decreto nº 4.536, de 28/1/1922, que, na ocasião, passou a organizar o Código de Contabilidade da União. Conforme seu art. 34, “[a]s importâncias entradas, a qualquer título, nos cofres das repartições publicas, serão levadas á conta do Tesouro Nacional e devidamente escripturadas na sua contabilidade [*sic*]” (BRASIL, [1986]).

de tesouraria”, bem como a vedação de “qualquer fragmentação para criação de caixas especiais” (art. 56 (BRASIL, [1982])). Segundo tal regra, o recolhimento das receitas deve ocorrer pelo sistema de caixa único, com vistas a obter ganhos operacionais, racionalizar a gestão financeira e viabilizar a execução orçamentária (GIACOMONI, 2017, p. 338). Note-se que a lei utiliza o termo *recolhimento*. Com efeito, a realização das receitas é dividida em duas etapas: o planejamento (previsão) e a execução, que abrange as sucessivas etapas de lançamento, arrecadação e recolhimento (BRASIL, 2019b, p. 17).

O Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967, reforçou a unidade de tesouraria. Seu art. 92 estabelece o dever de o Ministério da Economia unificar os “recursos movimentados pelo Tesouro Nacional por meio de sua Caixa junto ao agente financeiro da União”, com “o objetivo de obter maior economia operacional e racionalizar a execução da programação financeira de desembolso”. No parágrafo único do mesmo artigo está o cerne do que posteriormente viria a ser o Siafi: a determinação de que o orçamento deve-se executar por meio de pagamentos (saques) realizados até o limite das disponibilidades das dotações autorizadas para cada unidade ordenadora de despesa: “Os saques contra a Caixa do Tesouro só poderão ser efetuados dentro dos limites autorizados pelo Ministro da Fazenda ou autoridade delegada” (art. 92, parágrafo único (BRASIL, [1998])). Todavia, o Siafi somente foi implantado e começou a funcionar no exercício financeiro de 1987, vinte anos após sua previsão normativa.

Até os anos 1980, o caixa da União não estava sob a gestão do BCB. Era atribuição do BB. Este, por lei, atuava “na qualidade de Agente Financeiro do Tesouro Nacional” e como “principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas

autarquias”, conforme a redação original do art. 19, I e II, da Lei nº 4.595, de 31/12/1964 (BRASIL, [2021b]).⁶

Somente a partir de 1987, no contexto de mudanças estruturais no relacionamento entre Tesouro Nacional, BCB e BB, é que houve a implantação da unidade de tesouraria e da Conta Única, conforme o Decreto nº 93.872, de 23/12/1986, cujo art. 1º passou a determinar que a “realização da receita e da despesa da União far-se-á por via bancária, em estrita observância ao princípio de unidade de caixa (Lei nº 4.320/64, art. 56 e Decreto-lei nº 200/67, art. 74)”. Conforme seu art. 4º, os “recursos de caixa do Tesouro Nacional serão mantidos no Banco do Brasil S. A., somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas formalmente processadas e dentro dos limites estabelecidos na programação financeira” (BRASIL, [2022b]).

Como se pode verificar, embora tivesse sido determinada a efetiva unificação do caixa da União, a Conta Única ainda ficaria sob custódia do BB por algum tempo. Naquele contexto, o BCB atuaria de forma residual, como depositário de eventual posição líquida superavitária do Tesouro Nacional junto ao BB, nos termos do citado Decreto nº 93.872/1986.

Tal distribuição de competências realça o fato de que na época não havia separação clara entre as funções de banco comercial, banco de fomento (agrícola), autoridade monetária

⁶“É interessante observar o modelo inicial da Lei nº 4.595/1964, que admitia a duplicidade de autoridades monetárias na condução da política monetária, pois os poderes inerentes a esta estavam divididos entre o Banco Central – então recém-criado – e o Banco do Brasil – que era visto como um desmembramento das atividades do primeiro. Isso porque, na versão da Lei da Reforma Bancária, tal como originalmente promulgada, o Banco Central não dispunha de autonomia operacional, nem do monopólio do recebimento dos recolhimentos compulsórios e depósitos à vista das instituições financeiras. Essas atividades, embora típicas de banco central, ficaram originalmente a cargo do Banco do Brasil” (OLIVEIRA, 2009, p. 79, grifos nossos).

e banqueiro do governo, todas exercidas no âmbito do BB. Muito menos havia segregação precisa entre suas atribuições e as do BCB, que era uma instituição criada há menos tempo para ser “o guardião da moeda” (CAMPOS, 1994, p. 669). O próprio nome *Banco do Brasil* contribuía para tal confusão, pois é semelhante ao que é adotado por outros bancos centrais, como Bank of England, Bank of Japan, Banque de France, Banco de España e Banca d’Italia (estes últimos atualmente integrados ao Banco Central Europeu).

Até meados dos anos 1980, BB e BCB executavam funções típicas de autoridade monetária. Contudo, na época ainda havia preponderância do BB, pois, além de sua força institucional e política (CAMPOS, 1994, p. 661), a ele cabia a gestão das disponibilidades de caixa de todos os órgãos e entidades da Administração federal. Curiosamente, “a lei não permitia que o Banco Central ficasse como depositário das suas próprias disponibilidades de caixa, que tinham de ficar no Banco do Brasil” (OLIVEIRA, 2009, p. 79).

Após a unificação do caixa, a Conta Única migrou para o BCB somente após a promulgação da CRFB. Durante os trabalhos constituintes, a proposta inicial estabelecia que tal atribuição ficasse a cargo de “instituições financeiras sob o controle da União” e não do BCB. E, no caso de operações de câmbio, dos “respectivos bancos estatais”. Ao longo da tramitação, o dispositivo foi alterado e chegou à Comissão de Sistematização com a redação que, aprovada, materializou-se na versão final do § 3º do art. 164 do texto constitucional em vigor (BRASIL, 1988). Desse modo, as disponibilidades de caixa da União passaram a ser depositadas no BCB e não mais no BB. Por seu turno, os recursos dos demais entes da federação deveriam ficar sob a custódia de instituições financeiras oficiais.

Acrescente-se que passaram a coexistir duas determinações: a primeira, com fundamento constitucional – a gestão das disponibilidades financeiras da União deveria ficar a cargo do BCB; e a segunda, de natureza legal e regulamentar – os recursos deveriam ser centralizados em conta única. Não há menção a *unidade de caixa* nem a *conta única* no texto constitucional. Há, sim, comandos distintos para gestão de ativos e para a realização de despesas: de um lado, a custódia das disponibilidades de caixa a ser feita pelo BCB (exigência constitucional); de outro, a manutenção de tais recursos em conta única (exigência legal).

Dessa forma, a adoção de multiplicidade de contas bancárias pode ser feita mediante norma infraconstitucional. Para a alteração ou a revogação do monopólio do BCB na gestão das disponibilidades de caixa da União, com a consequente distribuição dos depósitos dos recursos entre bancos comerciais, demanda-se aprovação de Emenda Constitucional.

Em verdade, a execução orçamentária requer atividades que escapam a uma demasiada rigidez. Daí a previsão de exceções à regra que estabelece a Conta Única. Note-se que a Lei nº 4.595, de 31/12/1964, prevê a possibilidade de o BCB delegar parte de suas atividades, nos termos do art. 13, segundo o qual os “encargos e serviços de competência do Banco Central, quando por ele não executados diretamente, serão contratados de preferência com o Banco do Brasil S. A., exceto nos casos especialmente autorizados pelo Conselho Monetário Nacional” (BRASIL, [2021b]).

Ainda nos anos 1980, o BB passou a receber em depósito as “disponibilidades de caixa da União destinadas a atender as necessidades de órgãos ou entidades as quais, em virtude de características operacionais específicas, não possam integrar o sistema de caixa único do Tesouro Nacional” (art. 5º, da Medida

Provisória nº 87, de 22/9/1989, convertida na Lei nº 7.862, de 30/10/1989 (BRASIL, 1989, [2001b])). Posteriormente, tal possibilidade foi estendida à CEF, nos termos do art. 5º, § 2º, dessa lei, com redação dada pela Lei nº 8.177, de 1º/3/1991 (BRASIL, [2020]). Os dispositivos que estabelecem tal ressalva à regra da Conta Única no BCB continuam em vigor.

Deve ser registrado que a regra foi confirmada pela Medida Provisória nº 1.782, de 14/12/1998. Após sucessivas reedições, seu texto está contido na Medida Provisória nº 2.170-36, de 23/8/2001, a qual continua em vigor, em face da Emenda à Constituição nº 32, de 11/9/2001 (BRASIL, 2001a). Consta do art. 1º da mencionada MP:

Art. 1º Os recursos financeiros de todas as fontes de receitas da União e de suas autarquias e fundações públicas, inclusive fundos por elas administrados, serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, na forma regulamentada pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. Nos casos em que características operacionais específicas não permitam a movimentação financeira pelo sistema de caixa único do Tesouro Nacional, os recursos poderão, excepcionalmente, a critério do Ministro de Estado da Fazenda, ser depositados no Banco do Brasil S.A. ou na Caixa Econômica Federal (BRASIL, [2013b], grifos nossos).

A Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000 – a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) –, ao tratar da gestão patrimonial pública, determinou que as “disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição” (art. 43). Contudo, não exigiu que todos os depósitos fossem feitos em conta única. Com efeito, a LRF ressalva que as disponibilidades de caixa

dos regimes de previdência (regimes próprios e regime geral) “ficarão depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira” (art. 43, § 1º (BRASIL, [2022c])).⁷ Note-se que a conta única da União apresenta essa segregação, com a “subconta INSS, destinada aos pagamentos e recebimentos do INSS” (BRASIL, 2019c, p. 21).

Por fim, a “movimentação e aplicação dos recursos financeiros da Conta Única do Tesouro Nacional, a abertura e manutenção de contas correntes bancárias e outras normas afetas à administração financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal” são realizados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), conforme a Instrução Normativa (IN) nº 4, de 30/8/2004 (BRASIL, [2008], p. 1). Unificando diversos comandos legais e regulamentares, esse documento: 1) reafirma a regra da conta única; 2) indica a instituição bancária executora (agente financeiro); 3) estabelece os documentos de movimentação por meio do Siafi; e 4) dispõe sobre as exceções à unidade de caixa.

Desde sua implantação na segunda metade dos anos 1980, o regime de conta única e o sistema que o operacionaliza (o Siafi) passaram por aperfeiçoamentos necessários em face dos avanços da tecnologia da informação (e dos crescentes riscos quanto à segurança das operações

⁷“os recursos destinados ao custeio da previdência social, geral ou própria dos servidores públicos, deverão ser segregados e depositados dos demais recursos, não podendo ser utilizados para aplicação em títulos da dívida pública estadual ou municipal, ou valores mobiliários emitidos por empresas controladas pelo respectivo ente, e nem para a concessão de empréstimos aos próprios segurados ou ao Poder Público. Por esse motivo, o STJ já teve a oportunidade de asseverar que o financiamento para aquisição de moradia própria de servidor público municipal, com uso de recursos do sistema próprio de previdência, viola o art. 43, § 2º, II, da LRF, criado exatamente para vedar essas operações subsidiadas que podem prejudicar a higidez do sistema previdenciário” (ABRAHAM, 2017, p. 237).

e dos dados), tendo em consideração o tamanho, a complexidade e o volume dos recursos movimentados diariamente pela Administração Pública federal.

3.3 Operacionalização das entradas e das saídas e os saldos da conta única

Segundo a STN, a custódia da Conta Única realizada pelo BCB “permite maior facilidade de controle dos recursos; gera custos menores de manutenção; garante neutralidade competitiva entre os agentes do setor privado; e facilita a gestão [de] liquidez no sistema financeiro” (BRASIL, 2019c, p. 21).

A execução da receita e da despesa públicas da União é regulada pela IN/STN nº 4, de 30/8/2004. De acordo com suas regras, a Conta Única permite o acesso das Unidades Gestoras na modalidade on-line (art. 1º). Como o BCB não se relaciona com qualquer entidade estranha ao sistema financeiro, as operações são executadas por meio do BB. No entanto, há a ressalva de que outros agentes financeiros poderão ser autorizados pelo Ministério da Economia (art. 2º (BRASIL, [2008])).

As operações ocorrem em ambiente integralmente informatizado, mediante o processamento de créditos (ingressos) e débitos (pagamentos ou transferências) em nome do Tesouro Nacional, repassados pelo sistema bancário ou por ordens geradas com base no sistema Siafi.

As operações são liquidadas e compensadas no Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) pela infraestrutura Sistema de Transferência de Reservas (STR). As operações cujos valores transitam pela Conta Única são segregadas das demais. Nesse sentido, o Tesouro Nacional compõe o STR como participante autônomo, tal como as infraestruturas do mercado financeiro (Bolsa de Valores e Câmara Interbancária de Pagamentos (CIP)) e as demais instituições

bancárias.⁸ Desse modo, é possível dispensar a intermediação de outro agente financeiro, o que diminui o prazo de recebimentos e pagamentos, nos termos da IN/STN nº 4, de 30/8/2004, segundo a qual “[a] Secretaria do Tesouro Nacional poderá optar por fazer movimentações financeiras diretamente por meio do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB, sem intermediação do agente financeiro” (art. 2º, § 2º (BRASIL, [2008], p. 2)).

A movimentação na CTU é feita por meio dos seguintes documentos: Ordem Bancária (OB), Guia de Recolhimento da União (GRU), Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), Guia da Previdência Social (GPS), Documento de Receitas dos Estados e Municípios (DAR), Guia do Salário-Educação (GSE), Guia do Recolhimento do FGTS, Informações da Previdência Social (GFIP), Notas de Sistema (NS) e Notas de Lançamento (NL) (art. 3º, IN/STN nº 4, de 30/8/2004 (BRASIL, [2008])). A GRU, por exemplo, é movimentada pelo BB e, no caso dos depósitos judiciais, a movimentação é feita diretamente pela CEF.

Por fim, a IN/STN nº 4, de 30/8/2004 (BRASIL, [2008], p. 5-6), reúne os casos em que as Unidades Gestoras estão autorizadas a movimentar recursos fora da CTU: “em contas [...] bancárias mantidas junto ao Banco do Brasil S/A, ou outros agentes financeiros autorizados pelo Ministério da Fazenda”, nos “casos em

⁸“A implantação do Sistema de Transferência de Reservas (STR), a partir de 22/04/2002, proporcionou ao Tesouro Nacional, entidade integrante do Sistema, ganhos consideráveis no que se refere às rotinas de movimentação financeira da conta única do Tesouro Nacional. Em várias operações o prazo de ingresso de recursos na conta única foi reduzido. Por outro lado, nas saídas de recursos da conta única, o Tesouro Nacional passou a creditar o beneficiário do pagamento diretamente por meio do STR, eliminando a intermediação do agente financeiro, reduzindo o tempo entre a data de saída dos recursos da conta única e a data de crédito ao beneficiário. Desse modo os recursos permanecem mais tempo à disposição do Tesouro, sendo remunerado durante esse período” (SOBRE, 2020).

que os recursos não possam ser sacados diretamente da Conta Única”. Exemplificativamente, o art. 9º elenca as seguintes situações: 1) contas das unidades gestoras “que operam com o SIAFI na modalidade ‘off-line’”; 2) contas de unidades gestoras autorizadas a operarem em moeda estrangeira para realização de despesas no exterior; 3) contas especiais, para movimentar recursos oriundos de empréstimos concedidos por organismos ou agências internacionais; 4) contas de fomento; 5) contas de suprimento de fundos; 6) contas de execução de programas sociais; e 7) contas de recursos de apoio à pesquisa.

Conforme aquela IN, os casos não elencados no art. 9º “serão analisados pelo Órgão Central do Sistema de Administração Financeira que, mediante fundamentação técnica, poderá, em caráter excepcional, autorizar a abertura de conta corrente” (art. 10 (BRASIL, [2008], p. 7)).

Por fim, os saldos da Conta Única. Conforme informações publicadas pelo BCB entre 2001 e 2021, os valores registrados em 31 de dezembro apresentaram trajetória crescente. Subiram de R\$ 82 bilhões (em 2001) para quase R\$ 1,73 trilhão (em 2021), conforme a Tabela 1.

Tabela 1

Saldo da conta única em 31 de dezembro (R\$)

Ano	Saldo	Ano	Saldo
2001	82.205.875.000	2012	620.401.291.000
2002	88.526.786.000	2013	655.965.327.000
2003	120.189.562.000	2014	605.920.552.000
2004	158.231.716.000	2015	881.932.081.000
2005	208.476.268.000	2016	1.039.821.680.000
2006	226.047.319.000	2017	1.081.166.080.000
2007	275.843.164.000	2018	1.274.915.134.000
2008	255.216.723.000	2019	1.438.757.461.000
2009	406.354.420.000	2020	1.452.611.362.000
2010	404.516.398.000	2021	1.736.493.000.000
2011	475.622.276.000		

Fonte: elaborada pelo autor com base nos relatórios de demonstrações financeiras do Banco Central do Brasil (2022).

Embora chamada de *conta única*, a CTU divide-se em três subcontas: a subconta Tesouro Nacional, a subconta Dívida Pública e a subconta Fundo do Regime Geral de Previdência Social (FRGPS). A primeira é “destinada aos recebimentos e pagamentos do Governo Central em geral”; a segunda “registra as disponibilidades oriundas das receitas com os leilões de títulos públicos”; e a terceira, os “pagamentos e recebimentos do INSS” (BRASIL, 2019c, p. 21).

Conforme o Balanço Geral da União relativo a 2020 (BRASIL, 2021c), com informações retiradas do Sisbacen, em 31 de dezembro daquele ano, o saldo da Conta Única apresentou o valor de R\$ 1.274.915.134.589,10 – distribuídos conforme demonstra a Tabela 2.

Tabela 2

Saldo da Conta Única em 31/12/2021 (R\$)

Conta Única	Subcontas	
1.736.493.168.996,99	Tesouro Nacional	784.222.331.461,60
	Dívida Pública	944.028.633.635,01
	FRGPS	8.242.203.900,38

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados do Siafi e do Balanço Geral da União (BRASIL, 2021c).

3.4 Remuneração da Conta Única

As disponibilidades da União, uma vez na Conta Única, são remuneradas e geram receitas financeiras.⁹ O BCB não precisaria oferecer esse tipo de incentivo para receber os depósitos, até porque sua competência decorre de comando constitucional. Na verdade, a previsão da remuneração resulta da preocupação com o custo de oportunidade, diante dos valores que os bancos comerciais poderiam oferecer ao Tesouro Nacional para realizar serviços financeiros.

Embora não seja uma prática adotada em todas as economias mais relevantes,¹⁰ a remuneração das disponibilidades de caixa apresenta vantagens que devem ser levadas em consideração (PESSOA; WILLIAMS, 2012, p. 31). Nesse sentido, esse procedimento: 1) aumenta a transparência e evita subsídio cruzado aos bancos comerciais; e 2) reduz o incentivo para os tesouros tomarem decisões equivocadas quanto à aplicação de seus saldos no mercado financeiro em geral, com os inerentes riscos de liquidez e de crédito dos bancos em geral (WILLIAMS, 2010, p. 17).

Em termos de responsabilidade fiscal, a ausência de remuneração dos saldos configura, a rigor, renúncia de receitas, pois, caso estivessem

⁹“A melhor prática internacional sobre a gestão de disponibilidade financeiras da União é a centralização destas em uma única conta, principalmente pelos benefícios em termos de otimização dos recursos públicos. *Por sua vez, a remuneração de tais recursos a uma taxa de juros de mercado contribui para uma melhor transparência na relação entre as duas instituições*” (BRASIL, 2019c, p. 7, grifo nosso).

¹⁰“Esse tema também não traz um princípio amplamente estabelecido. Em países como Austrália, França e Inglaterra, por exemplo, a conta do MF no banco central é remunerada; já nos Estados Unidos, Índia, Japão e Alemanha não há remuneração da conta do MF no BC” (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 134).

depositadas no sistema bancário comercial, as disponibilidades seriam remuneradas em valores compatíveis com os praticados no mercado (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 134).

Outra razão para o pagamento de remuneração pela custódia das disponibilidades dos tesouros diz respeito à dinâmica dos resultados do banco central transferidos ao governo. Argumenta-se que tal pagamento, feito pelo BCB ao Tesouro Nacional, não seria necessário porque, em termos práticos, seria mera antecipação de resultado positivo da autoridade monetária.¹¹ Como os bancos centrais tendem a ser lucrativos no médio e no longo prazos (pois são os únicos agentes econômicos que emitem moeda por seu valor de face e não pagam juros por isso), não haveria, em tese, a necessidade de remunerar os saldos de seu único correntista e controlador: bastaria transferir os resultados positivos periodicamente.

No entanto, por uma série de fatores, não há garantia de que ao final de cada período de apuração, os tesouros receberão o mesmo valor em dinheiro que receberiam no caso de remuneração dos saldos em períodos mais curtos. Há duas variáveis que devem ser observadas e que afetam a distribuição dos resultados: a primeira diz respeito à variação cambial, principalmente em países com elevado saldo de reservas internacionais em moeda estrangeira; a segunda está relacionada ao desenho institucional, como no caso dos Estados Unidos, em que o Federal Reserve desconta seus custos administrativos do resultado a ser encaminhado ao tesouro estadunidense. Não é o caso brasileiro, pois o custeio administrativo e de investimentos da autoridade monetária são integralmente arcados pelo orçamento fiscal (art. 5º, § 6º, da LRF (BRASIL, [2022c])). De todo modo, em regra a remuneração periódica dos saldos mostra-se vantajosa tanto para o BCB (WILLIAMS, 2010, p. 17) quanto para o Tesouro Nacional (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 135).

No Brasil, após a implementação da Conta Única da União, a Medida Provisória nº 87, de 22/9/1989 (BRASIL, 1989), convertida na Lei nº 7.862, de 30/10/1989, estabeleceu que os saldos dos depósitos devessem ser remunerados. A redação original estabelecia que o montante devesse ser calculado sobre os saldos diários e pelo menos equivalente à variação diária do Bônus do Tesouro Nacional Fiscal (BTN-F) (art. 5º (BRASIL, [2001b])). Pouco tempo depois, a Lei nº 8.177, de 1º/3/1991 (BRASIL, [2020]), determinou a troca do BTN-F pela Taxa Referencial Diária (TRD) como parâmetro da remuneração (art. 5º, § 1º (BRASIL, [2001b])). Por fim, a Lei nº 9.027, de 12/4/1995 (BRASIL, 1995), determinou a mudança da TRD para “a taxa

¹¹ “A remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional pode, simplificada, ser entendida como uma antecipação do lucro do Banco Central. Vale dizer, se a Conta Única não fosse remunerada, o lucro do Banco Central e, conseqüentemente, a transferência de recursos ao Tesouro Nacional seriam maiores” (GUARDIA, 2016, p. 311).

média referencial” do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) (art. 5º, § 1º) e estabeleceu a destinação dos recursos para os exercícios de 1994 e 1995 (art. 5º, § 3º (BRASIL, [2001b])). No caso, o pagamento de obrigações da dívida pública (interna, externa, mobiliária e contratual).

Conforme a Medida Provisória nº 2.179-36, de 24/8/2001, as disponibilidades depositadas devem ser remuneradas pelo valor da média aritmética ponderada da rentabilidade dos títulos da Dívida Pública Federal interna em poder do BCB (art. 1º (BRASIL, [2019a])). Trata-se da última reedição da Medida Provisória nº 1.789, de 29/12/1998 (BRASIL, [1999]). Desde então, os recursos da conta única são remunerados em parâmetros compatíveis com valores de mercado.

De modo quase simétrico, os governos subnacionais podem investir suas disponibilidades de caixa em produtos financeiros que tenham segurança e liquidez imediata. No entanto, somente podem fazer aplicações por meio de instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), tal lei deve ser aprovada pelo Congresso Nacional e ter caráter nacional, conforme julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.661/MA (BRASIL, 2002).

A Lei nº 12.833, de 20/6/2013 (BRASIL, 2013a), acrescentou dispositivo à Medida Provisória nº 2.170-36, de 23/8/2001, segundo o qual “[f]icam as empresas públicas federais, exceto as instituições financeiras, autorizadas a aplicar os seus recursos financeiros na Conta Única do Tesouro Nacional” (art. 5º-A). Trata-se de investimento atrativo para as empresas públicas, tendo em vista que a conta única é remunerada em valores compatíveis com os do mercado de renda fixa. Ou seja, próximos à taxa Selic, a qual traz retornos inversamente proporcionais aos riscos de mercado e afasta o custo de oportunidade de manter valores fora do sistema bancário.

Em suma, os parâmetros de remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional estão estabelecidos, quanto à periodicidade decenal, na Lei nº 9.027, de 12/4/1995 (art. 5º), e quanto ao cálculo, na Medida Provisória nº 2.179-36, de 24/8/2001 – isto é, a “taxa média aritmética ponderada da rentabilidade intrínseca dos títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal interna de emissão do Tesouro Nacional em poder do Banco Central do Brasil” (art. 1º (BRASIL, [2019a])).

Desse modo, a cada dez dias, é apurado o valor das disponibilidades e aplicado o fator de remuneração. Durante os dez dias seguintes, os valores ficam à disposição para conferência, entre o BCB e o TN, e devem ser recolhidos à Conta Única até o décimo dia útil após o período de apuração, nos termos das regras operacionais do Siafi (BRASIL, 1996).

A Tabela 3 aponta os valores que o BCB pagou ao Tesouro Nacional a título de remuneração das disponibilidades depositadas na CTU, sob

custódia da autoridade monetária. Ressalte-se que tais valores dizem respeito apenas à remuneração da Conta Única e não à remuneração de todas as disponibilidades eventualmente depositadas em outros bancos.

Tabela 3

Remuneração dos saldos a Conta Única (R\$)

Ano	Remuneração	Ano	Remuneração
2001	12.137.672.000	2012	49.835.287.000
2002	34.707.753.000	2013	50.884.652.000
2003	18.585.214.000	2014	55.328.686.000
2004	17.864.755.000	2015	87.048.866.000
2005	28.581.593.000	2016	105.416.244.000
2006	25.865.649.000	2017	95.212.972.000
2007	27.760.956.000	2018	96.319.739.000
2008	28.317.110.000	2019	98.769.077.000
2009	32.675.811.000	2020	77.741.273.000
2010	34.994.177.000	2021	131.871.000.000
2011	43.210.071.000		

Fonte: elaborada pelo autor com base nos relatórios de demonstrações financeiras do Banco Central do Brasil (2022).

Como se pode verificar, a remuneração paga pelo BCB ao Tesouro Nacional nos últimos vinte anos aponta para valores elevados e em trajetória de crescimento, de R\$ 12,137 bilhões em 2001 para R\$ 130 bilhões em 2021. Note-se que em 2020 houve redução do valor, ao passo que em 2021, houve o pagamento do maior valor da série histórica. Tal oscilação acompanha a variação do parâmetro utilizado, a “taxa Selic”. Com efeito, a taxa básica de juros foi reduzida a 2% ao longo de 2020, ao passo que em 2021 foi sucessivamente elevada, fechando o ano em 9,25%. Tal variação gerou reflexos na remuneração dos saldos da Conta Única.

Os valores oriundos da remuneração da Conta Única são receitas financeiras e, como tais, são receitas de capital. No entanto, ao contrário das receitas oriundas do resultado do BCB, não estão atreladas a despesa específica. Assim, sua destinação não é vinculada, muito embora a aplicação de receitas de capital (de origem financeira) em despesas correntes possa comprometer o equilíbrio entre receitas e despesas primárias, prejudicar o cumprimento da *regra de ouro* e afetar negativamente a condução da política monetária.¹²

¹²“Sendo uma receita de capital, é preferível que se destinem tais recursos ao pagamento de despesas de capital, como é o caso de amortização de dívida pública. Como é uma receita gerada no âmbito do relacionamento entre o MF e o BC, o pagamento da dívida pública, preferencialmente aquela existente no BC, com tais recursos garante que a política monetária

4 Conclusão

O presente trabalho abordou a Conta Única da União. Verificou-se tratar de estrutura jurídico-contábil, sob a forma de conta bancária unificada, fundamentada em lei, especialmente a Lei nº 4.320, de 17/3/1964, e o Decreto-lei nº 200, de 25/2/1967.

Por meio desse mecanismo, busca-se reunir e consolidar o fluxo de caixa governamental em um só local. No caso brasileiro, essa conta é mantida sob a responsabilidade do BCB, onde todas as operações financeiras do governo são realizadas e registradas, incluindo também a manutenção de possíveis disponibilidades de recursos. Em razão da unificação, a princípio nenhuma unidade orçamentária do governo central está desvinculada da Conta Única. Entretanto, há algumas exceções, que não comprometem a regra geral.

Sua execução permite a obtenção de informações precisas e de modo ágil, por meio da consolidação das transações do Tesouro Nacional. Além disso, ao evitar a ocorrência de recursos ociosos em várias contas, reduz a necessidade e os custos de financiamento da despesa pública por meio de emissão de dívida ou mesmo a emissão monetária.

Foi exposta a operacionalização dos registros de entradas e saídas com base no Siafi. Verificou-se que, embora seja chamada de *conta única*, existem divisões e vinculações internas, no caso, a subconta Tesouro Nacional, a subconta Dívida Pública e a subconta FRGPS, além de outras contas separadas.

Além da justificativa para sua adoção, de sua operacionalização e de suas subdivisões, constatou-se que o mecanismo de conta única influencia o (e é influenciado pelo) relacionamento entre o Tesouro Nacional e o BCB, em razão do estoque dos saldos e da remuneração. São valores elevados e em trajetória crescente ao longo dos últimos anos.

Assim, o modelo brasileiro de conta única se justifica: 1) pelo reforço à transparência; 2) pela melhoria na gestão dos valores; 3) pela extinção de saldos ociosos e sem remuneração em contas dispersas; 4) pela redução do custo do financiamento do governo; e 5) pela eliminação do risco de crédito em caso de crises bancárias.

Ressalte-se, por fim, que a implantação do mecanismo de *treasury single account* está incluída entre as boas práticas internacionais de *public*

não seja afetada negativamente. Caso contrário, ao direcionar essa receita para pagamento de outros tipos de despesas fora do BC, gera-se um impacto expansionista sobre a base monetária, exigindo atuação compensatória do BC para que a liquidez do sistema financeiro não se altere. Tal evento cria ruídos tanto para a eficiência da política monetária, por exigir atuações constantes do BC para reequilibrar o meio circulante, quanto para a gestão da dívida pública, ao exigir do MF que busque recursos em mercado para pagar as despesas com dívidas que vencem junto à autoridade monetária” (LEISTER; MEDEIROS, 2016, p. 135).

financial management, tendo sido efetivamente posta em prática no Brasil desde a segunda metade dos anos 1980.

Sobre o autor

Leandro Maciel do Nascimento é doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pesquisador do grupo Orçamentos Públicos: Planejamento, Gestão e Fiscalização, vinculado à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí, Teresina, PI, Brasil.
E-mail: macieldonascimento@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. O Tesouro Nacional como cliente bancário: definição, justificativa e fundamentos jurídicos do regime de conta única. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 73-98, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p73

(APA)

Nascimento, L. M. do (2023). O Tesouro Nacional como cliente bancário: definição, justificativa e fundamentos jurídicos do regime de conta única. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 73-98. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p73

Referências

ABRAHAM, Marcus. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Demonstrações financeiras*: 31 de dezembro de 2021. Brasília, DF: BCB, 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/acesoinformacao/balanceteslai/Demonstrações%20Financeiras%20BCB%202021.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão do Sistema Financeiro. *Anteprojeto*: relatório final. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. v. 156. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao5/vol156_SubVcSIM.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922*. Organiza o Código de Contabilidade da União. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021*. Define os objetivos do Banco Central do Brasil e dispõe sobre sua autonomia e sobre a nomeação e a exoneração de seu Presidente e de seus Diretores; e altera artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e [controle] dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 7.862, de 30 de outubro de 1989*. Dispõe sobre a absorção, pela União, de obrigações da Nuclebrás e de suas subsidiárias, da Infaz, do BNCC e da RFFSA e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7862.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991*. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8177.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 9.027, de 12 de abril de 1995*. Altera o art. 5º da Lei nº 7.862, de 30 de outubro de 1989, que dispõe sobre a remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9027.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013*. Altera as Leis nºs 12.409, de 25 de maio de 2011, 12.793, de 2 de abril de 2013, que dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste – FDCO, constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais da Caixa Econômica Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12833.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 87, de 22 de setembro de 1989*. Dispõe sobre a absorção, pela União, de obrigações da extinta Nuclebrás e de suas subsidiárias, da Infaz, do BNCC e da RFFSA, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/087.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 1.789, de 29 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Banco Central do Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1789.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001*. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 2.179-36, de 24 de agosto de 2001*. Dispõe sobre as relações financeiras entre a União e o Banco Central do Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2179-36.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual Técnico de Orçamento*: MTO 2020. 4. versão. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019b. Disponível em: <https://www1.siof.planejamento.gov.br/mto/lib/exe/fetch.php/mto2020:mto2020-versao4.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. *BGU 2020: Balanço Geral da União: demonstrações contábeis consolidadas da União*. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 2021c. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:38245. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. *Relatório anual do Tesouro Nacional: relacionamento entre o Tesouro Nacional e o Banco Central*. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 2019c. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relacionamento-entre-o-tesouro-nacional-e-o-banco-central/2019/30>. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Instrução Normativa STN nº 4, de 30 de agosto de 2004*. Dispõe sobre a consolidação das instruções para movimentação e aplicação dos recursos financeiros da Conta Única do Tesouro Nacional, a abertura e manutenção de contas correntes bancárias e outras normas afetas à administração financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. [Brasília, DF]: Ministério da Fazenda, [2008]. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33403>. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual SIAFI*. [Brasília, DF]: Secretaria do Tesouro Nacional, 1996. Disponível em: https://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/modules/mod_pdf_manual/pdf/manual-Siafi.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). [*Medida Cautelar na*] *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661/MA*. Ação direta de inconstitucionalidade – Lei estadual que autoriza a inclusão, no edital de venda do Banco do Estado do Maranhão S/A, da oferta do depósito das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual [...]. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requeridas: Governadora do Estado do Maranhão; Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Min. Celso de Mello, 5 de junho de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387196>. Acesso em: 26 set. 2022.

CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa*: memórias. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. v. 1.

CONTI, José Mauricio. Direito financeiro e meio ambiente: como os instrumentos financeiros são fundamentais para proteger esse patrimônio da humanidade. *JOTA*, [s. l.], 19 set. 2019. Coluna Fiscal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/direito-financeiro-e-meio-ambiente-19092019>. Acesso em: 26 set. 2022.

CYSNE, Rubens Penha. Depósitos do Tesouro: no Banco Central ou nos bancos comerciais? *EPGE Ensaios Econômicos*, [Rio de Janeiro], n. 155, p. 1-9, jul. 1990. Disponível em: <https://epge.fgv.br/users/rubens/wp-content/uploads/2015/12/depositos-de-tesouro.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

DZIOBEK, Claudia H.; JIMÉNEZ DE LUCIO, Alberto F.; CHAN, James. *Definitions of government in IMF-supported programs*. Washington, DC: IMF, Statistics Department, 2013. (Technical Notes and Manuals, 13/01). Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2013/tnm1301.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

FERREIRA, Alcides. Origens e evolução da Secretaria do Tesouro Nacional. In: BACHA, Edmar (org.). *A crise fiscal e monetária brasileira: ensaios em homenagem a Fabio de Oliveira Barbosa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 99-116.

FRANCO, Gustavo H. B. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira, 1933-2013*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

GARCIA, Márcio G. P. Política monetária e cambial: algumas lições do período recente para o Real. *Texto para Discussão*, [Rio de Janeiro], n. 330, p. 1-21, dez. 1994. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td330.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

GUARDIA, Eduardo Refinetti. Conta única do Tesouro: flexibilidade necessária e seus bons e maus usos. In: BACHA, Edmar (org.). *A crise fiscal e monetária brasileira: ensaios em homenagem a Fabio de Oliveira Barbosa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 297-314.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Manual on fiscal transparency*. Washington, DC: IMF, Fiscal Affairs Department, 2007. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/101907m.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

KANU, Clementina. Impact of Treasury single account on the liquidity. *ABC Journal of Advanced Research*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 43-53, Jan./June 2016. DOI: <https://doi.org/10.18034/abcjar.v5i1.57>. Disponível em: <https://i-proclaim.my/journals/index.php/abcjar/article/view/57>. Acesso em: 26 set. 2022.

LEE JUNIOR, Robert D.; JOHNSON, Ronald W.; JOYCE, Philip G. *Public budgeting systems*. 9th ed. Burlington, MA: Jones & Bartlett Learning, 2013.

LEISTER, Mauricio Dias; MEDEIROS, Otávio Ladeira de. Relacionamento entre autoridade fiscal e autoridade monetária: a experiência internacional e o caso brasileiro. In: BACHA, Edmar (org.). *A crise fiscal e monetária brasileira: ensaios em homenagem a Fabio de Oliveira Barbosa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 119-151.

LOYOLA, Gustavo. As relações entre a política fiscal e a política monetária no Brasil: diagnóstico e propostas. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto (org.). *Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade*. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 219-254.

NUNES, Selene Peres Peres. *Relacionamento entre Tesouro Nacional e Banco Central: aspectos da coordenação entre as políticas fiscal e monetária no Brasil*. 1999. Dissertação (Mestrado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 1999.

OGASAVARA, Roberto Shoji. Conta do Tesouro no Banco Central. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 287-303, abr./jun. 1991. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/518>. Acesso em: 26 set. 2022.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras: regime jurídico*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PATTANAYAK, Sailendra; FAINBOIM, Israel. *Treasury single account: an essential tool for government cash management*. Washington, DC: IMF, Fiscal Affairs Department, 2011. (Technical Notes and Manuals, 11/04). Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2011/tnm1104.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. Treasury single account: concept, design, and implementation issues. *IMF Working Paper*, [Washington, DC], n. 10/143, p. 1-45, May 2010. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp10143.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

PESSOA, Mario; WILLIAMS, Mike. *Government cash management: relationship between the Treasury and the Central Bank*. Washington, DC: IMF, Fiscal Affairs Department, 2012. (Technical Notes and Manuals, 12/02). Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/tnm/2012/tnm1202.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

SOBRE. In: TESOURO Nacional. [Brasília, DF]: Ministério da Economia, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/execucao-orcamentaria-e-financeira/sistema-de-pagamentos-brasileiro-spb/sobre>. Acesso em: 26 set. 2022.

TER-MINASSIAN, Teresa; MARTÍNEZ-MÉNDEZ, Pedro; PARENTE, Pedro Pullen. Setting up a Treasury in economies in transition. *IMF Working Paper*, [Washington, DC], n. 95/16, p. 1-66, Feb. 1995. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Setting-Up-a-Treasury-in-Economies-in-Transition-1851>. Acesso em: 26 set. 2022.

UGOLINI, Stefano. *The evolution of central banking: theory and history*. London: Palgrave Macmillan, 2017. (Palgrave Studies in Economic History).

WILLIAMS, Mike. *Government cash management: its interaction with other financial policies*. Washington, DC: IMF, Fiscal Affairs Department, 2010. (Technical Notes and Manuals, 10/13). Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/TNM/Issues/2016/12/31/Government-Cash-Management-Its-Interaction-with-Other-Financial-Policies-23936>. Acesso em: 26 set. 2022.

_____. The Treasury function and the Treasury single account. In: ALLEN, Richard; HEMMING, Richard; POTTER, Barry H. (ed.). *The international handbook of public financial management*. New York: Palgrave Macmillan, 2013. p. 355-373.

Contributos da Legística para a elaboração do marco legal da inteligência artificial no Brasil

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR

GUSTAVO PASCHOAL TEIXEIRA DE CASTRO OLIVEIRA

Resumo: O trabalho avalia os contributos que a Legística pode proporcionar na elaboração da legislação sobre a inteligência artificial no Brasil. Para isso, apresenta a noção de Legística, distinguindo-a da dogmática. Descreve a carência na regulação da inteligência artificial no contexto de “crise da lei”. Analisa os contributos da Legística para a regulação da inteligência artificial. Metodologicamente, emprega a análise documental e a revisão de literatura e conclui que a Legística pode contribuir para a elaboração da legislação relativa à inteligência artificial, não no espaço de conformação legislativa, mas precisamente sobre como elaborar melhor a lei.

Palavras-chave: inteligência artificial; Legisprudência; regulação; marco legal.

Contributions from legistics for the elaboration of the legal framework of artificial intelligence in Brazil

Abstract: The paper evaluates the contributions that legistics can provide in the drafting of legislation on artificial intelligence in Brazil. For this, it presents the notion of legistics, distinguishing it from dogmatics. It describes the shortcoming in the regulation of artificial intelligence in the context of the “crisis of the law”. It analyzes the contributions of legistics to the regulation of artificial intelligence. Methodologically, it employs documentary analysis and literature review and concludes that legistics can contribute to the process of drafting legislation concerning artificial intelligence, not in the space of legislative conformation, but precisely on how to better draft the law.

Recebido em 6/5/22
Aprovado em 15/8/22

Keywords: artificial intelligence; Legisprudence; regulation; legal landmark.

1 Introdução

O desenvolvimento e o emprego da inteligência artificial (IA)¹ são uma realidade em diversas partes do mundo, a qual abrange áreas como a Medicina e o Direito, o que implica reflexões a respeito da regulação cabível, em especial quanto aos contributos da Legística² para a elaboração de um marco legal³ regulatório da IA no Brasil⁴. Esses contributos surgem como alternativas para a superação da “crise da lei” compreendida, de um lado, como crise da legitimação do Estado e, de outro lado, como dificuldades do Estado Social.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 21/2020⁵, de iniciativa do deputado federal Eduardo Bismarck (PDT-CE), protocolado em 4/2/2020, que “estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências” (BRASIL, 2020a). O PL, aprovado na Câmara dos Deputados na forma de um substitutivo apresentado pela deputada federal Luisa Canziani (PTB-PR), até janeiro de 2022 tramitava no Senado Federal⁶. Na justificativa dessa proposta identificam-se aspectos relevantes sobre os impulsos legislativos e a decisão de legislar, integrantes do procedimento legislativo externo (ALMEIDA, 2007, p. 1-3).

¹ A inteligência artificial pode ser compreendida como o “sistema computacional criado para simular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano” (TEIXEIRA; CHELIGA, 2021, p. 14-15).

² A Legística recebe outras denominações: *Legisprudência*, *Estudos Legislativos*, *Estudos sobre Legislação*, *Ciência da Legislação* ou *Teoria da Legislação* (BAR-SIMAN-TOV, 2019). O escopo da Legística é a melhoria da qualidade das leis e ocupa-se de todo o fenômeno legislativo desde o impulso de legislar até a avaliação das normas em vigor (MOTA, 2012, p. 293-294).

³ *Marco legal* é toda legislação que rege determinado assunto.

⁴ Não se ignora que a decisão pela criação da legislação é política e, portanto, está entregue especialmente ao Parlamento sua competência constitucionalmente prevista; entretanto, o procedimento metódico é indispensável para se verificar a adequação entre os meios empregados e os objetivos perseguidos pelos entes públicos responsáveis pelas políticas públicas, ou seja, quanto melhor a legislação maior será a possibilidade de êxito. A legislação é, pois, forma de expressão da vontade do Estado, atividade eminentemente política cujo conteúdo reflete “os compromissos, as ambiguidades, as incoerências e até as contradições inerentes ao processo de decisão política”, mas essa “natureza política do processo legislativo não deve [...] servir de desculpa para a má qualidade de determinados atos legislativos” (MADER, 2007, p. 194, 206).

⁵ Já houve outras propostas de regulação da IA perante a Câmara dos Deputados, que foram apensadas ao PL nº 21/2020: (1) PL nº 240/2020, de iniciativa do deputado federal Léo Moraes (PODEMOS/RO), que “cria a Lei da Inteligência Artificial, e dá outras providências” (BRASIL, 2020b); (2) o PL nº 1.969/2021, apresentado pelo deputado federal Gustavo Fruet (PDT/PR), que “dispõe sobre os princípios, direitos e obrigações na utilização de sistemas de inteligência artificial” (BRASIL, 2021a).

⁶ No Senado Federal determinou-se o apensamento da iniciativa ao PL nº 5.051/2019, de iniciativa do senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN) – que “estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil” (BRASIL, 2019) –, e ao PL nº 872/2021, de iniciativa do senador Veneziano Vital do Rêgo (MDB/PB) – que “dispõe sobre os marcos éticos e as diretrizes que fundamentam o desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial no Brasil” (BRASIL, 2021b) – por se tratar de matérias correlatas.

Quando se fala em legislar a respeito da IA, observam-se diversos interessados no desenvolvimento da tecnologia, no seu emprego e na responsabilização por eventuais danos causados pelos robôs inteligentes, de forma que o legislador entendeu que a regulação se tornou necessária em virtude dos interesses públicos e privados envolvidos. O Estado é o principal interessado na regulação da IA porque se trata de verdadeira política pública fundamental para o desenvolvimento da economia, para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a garantia dos direitos humanos e fundamentais. Os fabricantes, programadores e investidores precisam compreender a estrutura legal na qual podem operar de maneira confiável, ao passo que os consumidores e a sociedade necessitam de segurança não somente na execução do sistema mas também contra prejuízos e adversidades. Isso pode ser obtido mediante estratégias e ações que devem ser colocadas em prática durante todo o ciclo de vida dos sistemas de inteligência artificial, tanto para identificar danos e responsabilidades quanto, e principalmente, para evitá-los (ALMEIDA; SANTOS; FARIAS, 2021). Por exemplo, é preciso evitar o risco de censura prévia a conteúdos divulgados em redes sociais e consequente violação da liberdade de expressão, por meio de atualização das leis internas dos países e desenvolvimento de políticas públicas que protejam as condições de trabalho de supervisores humanos em conteúdo automatizado (LARRONDO; GRANDI, 2021). O trabalhador também será afetado pelo emprego da IA em razão da necessidade de qualificação para adequar-se à nova realidade do mercado de trabalho que o emprego da tecnologia proporcionará. Pode-se falar, em resumo, que a necessidade de legislação a respeito da IA se relaciona intrinsecamente com a noção de garantia da segurança jurídica e digital, a minimização dos riscos a todos os envolvidos, a exigência de transparência, ética e respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Entretanto, a IA encontra-se em estágio inicial, razão pela qual a necessidade da sua regulação se relaciona diretamente com um ambiente favorável para o desenvolvimento e a aplicação da tecnologia, evitando que interpretações estáticas das legislações existentes pelo Poder Público possam, por analogia, impedir o avanço desses sistemas. Por essa razão, ao apresentar a iniciativa, o deputado Eduardo Bismarck (PDT/CE) enfatizou que “a lei aprovada deve se destinar a evoluir junto com as rápidas mudanças na economia digital” (BRASIL, 2020a).

Observa-se, pois, que o legislador compreendeu a urgência na elaboração da legislação sobre a IA porque num cenário em que já se iniciou o desenvolvimento e o emprego da tecnologia – por exemplo, pelo Poder Judiciário⁷ e pela Medicina⁸ –, questões relevantes e urgentes em breve passarão a ocupar as esferas estatais, seja no âmbito das agências reguladoras ou do próprio Poder Judiciário. Outro fator na urgência da regulação da IA é de ordem econômica. Ou seja, a existência de legislação pode e deve ser considerada por investidores, nacionais ou estrangeiros, que se interessem em investir num cenário mais seguro e claro e com reduzidas possibilidades de interpretações que possam inviabilizar o investimento ou gerar perdas financeiras consideráveis, assegurando a confiança necessária para a implantação, desenvolvimento e aplicação da tecnologia. Nesse sentido, a existência de regulação

⁷ Sobre o emprego da IA pelo Poder Judiciário, ver as seguintes normas do Conselho Nacional de Justiça (2020a, 2020b): Portaria nº 271, de 4/12/2020, que “regulamenta o uso de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário”; e Resolução nº 332, de 21/8/2020, que “dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário e dá outras providências”.

⁸ O emprego da IA na Medicina envolve, por exemplo: (1) tratamento de doenças; (2) precisão no resultado de exames médicos; (3) associação de sintomas; (4) recuperação de dados; e (5) alerta sobre o quadro de pacientes. Para saber mais, ver Braga, Lins, Soares, Fleury, Carvalho e Prado (2018); e Lobo (2017, 2018).

pode proporcionar ao Brasil a oportunidade de competitividade necessária com os demais países que se dedicam à IA, gerando investimentos no País e proporcionando o bem-estar da sociedade. Também se pode citar a urgência decorrente da imperiosa qualificação, capacitação e preparação dos profissionais envolvidos no processo de desenvolvimento da IA, os quais não devem agir sem qualquer tipo de supervisão estatal.

Todavia, ao se investigarem os ordenamentos jurídicos de diversos países, não se encontra regulação da IA ou a que existe é incipiente, conforme se pode concluir pela leitura do estudo desenvolvido por Gesley, Ahmad, Soares, Levush, Guerra, Martin, Buchanan, Zhang, Umeda, Grigoryan, Boring, Hofverberg, Feikhert-Ahalt, Rodriguez-Ferrand, Sadek e Goitom (2019), no qual apresentam o quadro da regulação da inteligência artificial em jurisdições selecionadas. Em seu relatório, os autores examinaram o cenário regulatório e político emergente em torno da IA em jurisdições ao redor do mundo e na União Europeia (UE), bem como descreveram a abordagem que as agências da Organização das Nações Unidas (ONU) e organizações regionais adotaram em relação à IA. Nesse sentido, percebeu-se que houve a adoção de estratégias e planos de ação que enfatizaram a necessidade de desenvolver estruturas legais para garantir que a IA seja desenvolvida e aplicada com base nos valores e direitos fundamentais de cada país, tendo sido identificada a criação de comissões específicas para examinar essas questões – mas também se observou que, com exceção da UE, nenhuma jurisdição ainda publicara tais estruturas legais específicas para a IA.

Percebe-se que o cenário da regulação da IA é muito variado e ainda em formação, pois, apesar da existência de muitas recomendações de política e governança em vez de regulamentação governamental, ainda não existe um conjunto de mecanismos para reduzir os riscos dessa tecno-

logia, motivo pelo qual é necessário não apenas resolver rapidamente as possíveis ameaças técnicas, mas também dar respostas para o que ainda se encontra obscuro, fornecendo compreensão mais ampla de seus significados e de suas possíveis implicações (WHITE; LIDSKOG, 2022).

Portanto, apresentadas a necessidade e a urgência de regulação da IA, surgiu a inquietação sobre a existência de contributos que a Legística pode oferecer para qualificar o projeto de lei pertinente, de modo que o principal questionamento que surge a esta altura sobre o tema é: uma vez identificadas a necessidade e a urgência de regulação da IA no Brasil quais são os contributos que a Legística pode oferecer para a elaboração da lei que regule esse sistema?

Para a consecução do objetivo, tecidas as considerações iniciais, na primeira parte da investigação apresentaram-se as noções de Legística e a sua distinção em relação à dogmática jurídica tradicional ou Ciência do Direito. Em seguida, foi investigada a carência na regulação da inteligência artificial no contexto de “crise da lei”. Na sequência, foram identificados e analisados os contributos da Legística para a regulação da IA e, por último, apresentadas as considerações finais.

A metodologia empregada na investigação contemplou a análise documental e a revisão de literatura relacionada, por meio de abordagem qualitativa.

2 A Legística não se confunde com a dogmática jurídica tradicional ou Ciência do Direito

Ao tratar dos contributos para o desenvolvimento de uma norma reguladora da IA, é preciso inicialmente distinguir a Legística da dogmática jurídica tradicional ou Ciência do Direito, em razão de suas repercussões pragmáticas, o que implica inicialmente analisar suas semelhanças.

Legística e dogmática jurídica tradicional aproximam-se porque são ramos da Ciência, em que pese a divergência doutrinária em relação àquela, havendo autores que a enquadram como disciplina e outros como Ciência⁹. Compreender a Legística como disciplina não é novidade e se justificava a partir de duas figuras emblemáticas: Thomas Jefferson e Jeremy Bentham.

Jefferson foi o autor do primeiro livro norte-americano sobre procedimento legislativo (*A Manual of Parliamentary Practice for the Use of the Senate of the United States*), publicado em 1801, o qual fora desenvolvido com base nos seus estudos acadêmicos e não na sua experiência como legislador. Na década de 1760, Jefferson estudou procedimento parlamentar no College of William & Mary e, como governador da Virgínia, dirigiu a reforma do currículo desse colégio, criando o programa docente que incluía o estudo não apenas da jurisprudência dos tribunais mas também das leis. Os estudos desenvolvidos por Jefferson, porém, não prosseguiram por duas razões: a primeira, porque o enfoque passou a ser a análise da jurisprudência, valorizando o Direito baseado em criação judicial, em face da tradição norte-americana baseada na *common law*; a segunda, porque a cultura do ensino jurídico daquele país baseava-se preponderantemente no estudo de casos, e não no estudo da lei (BAR-SIMAN-TOV, 2019, p. 278-279).

Bentham (1907) desenvolveu a teoria segundo a qual o Direito implica dois objetivos: conhecer o Direito tal como ele existe (*expository jurisprudence*) ou determinar como o Direito deve ser (*ensorial jurisprudence* ou arte da legislação). No âmbito da *ensorial jurisprudence*, Bentham desenvolveu diversas reflexões envol-

vendo a elaboração e a comunicação do Direito e enumerou as principais dificuldades ou imperfeições que a seu ver impediam que as normas jurídicas produzissem bons efeitos: ambiguidade, obscuridade, abuso da sinonímia para designar a mesma ideia, redundância, prolixidade, confusão, ausência de intelecção e desordem (MOTA, 2012, p. 285).

As lições de Bentham referentes à arte de legislar, entretanto, não foram desenvolvidas durante o século XIX. Somente no final do século seguinte ressurgiram, por dois motivos: primeiro, a busca dos juristas da época pela afirmação do Direito como Ciência, o que implicava fundar-se na observação dos fatos, e distanciou o desenvolvimento da *ensorial jurisprudence*, baseada em como o Direito deveria ser; e o segundo motivo, consequência do primeiro, refere-se ao abandono do desenvolvimento da teoria de Bentham depois do seu falecimento (MOTA, 2012, p. 286).

A noção de que a Legística é uma disciplina da área jurídica, porém, não mais se sustenta, e hoje se pode falar que se trata de uma Ciência.

Lakatos (1976) desenvolveu a sua concepção de ciência empregando o critério da demarcação, que se funda em duas exigências principais: uma teoria científica deve estar estruturada em um programa de pesquisa e este programa deve ser progressivo, isto é, deve ser capaz de crescer continuamente. Segundo o autor, o programa de pesquisa pode ser compreendido como uma estrutura que fornece orientação para a pesquisa futura de uma forma negativa e positiva. A heurística negativa de um programa indica que as suposições básicas subjacentes ao programa, seu núcleo rígido, irredutível ou não refutável, por uma decisão metodológica de seus protagonistas, não devem ser rejeitadas ou modificadas. A função da heurística negativa é limitar, metodologicamente, a incerteza quanto à parte da teoria atingida pelas “falseações”, motivo por que representa uma regra de tolerância. A heurística

⁹Guimarães e Braga (2011, p. 95), de maneira minoritária, negam a existência de uma nova disciplina ou outro ramo da Ciência, sustentando que “as descrições conceituais de legística revelam-se inadequadas como marcos fundadores, seja de uma nova ciência, seja de um novo campo de estudos”.

positiva de um programa é composta de uma pauta geral que indica como pode ser desenvolvido o programa de pesquisa e consiste num conjunto de sugestões ou indícios parcialmente articulados de sugestões ou ideias de como mudar e sofisticar o cinturão protetor refutável (LAKATOS, 1976).

Chalmers (2017, p. 116), com base nas lições de Lakatos, conclui que o mérito de um programa de pesquisa deve ser avaliado de duas maneiras: primeiro, “um programa de pesquisa deve possuir um grau de coerência que envolva o mapeamento de um programa definido para a pesquisa futura”; e, segundo, deve levar à descoberta de fenômenos novos, mesmo que ocasionalmente. Quanto ao caráter progressivo, os programas de pesquisa serão progressivos ou degenerescentes a depender do sucesso ou do fracasso em dar conta de fatos importantes ou de levar à predição de novos fenômenos (CHALMERS, 2017).

Dessa forma, pode-se concluir que as teorias científicas devem apoiar-se não somente em aglomerados de leis gerais, mas na experiência e em regras metodológicas que disciplinem a absorção de impactos empíricos desfavoráveis – e a busca, a condução, a classificação e a análise dos dados empíricos requerem diretrizes teóricas (CHIBENI, [2004], p. 13).

Com relação à Legisprudência, observa-se que estão presentes todas as características de *Ciência* descritas por Lakatos (1976). O estudo da Legística foi retomado no século XX, em especial como disciplina jurídica, e intensificou-se na década de 1980¹⁰ como verdadeira Ciência, pois integra diversos programas de pesquisa em franca progressão – no Brasil, por exemplo, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)¹¹ e na Suíça pela Universidade de Genebra¹². Não se ignora que os programas de pesquisa dessas instituições se encontram no âmbito de suas Faculdades de Direito; entretanto, esse fato por si só não é suficiente para descaracterizar a importância do desenvolvimento notável que a Legisprudência tem obtido e o seu caráter científico, pois se desenvolve “nas fronteiras do direito e de diversas outras disciplinas científicas, principalmente as Ciências Sociais (Ciência Política, Administração, Sociologia, Ciências Econômicas etc.) e a Linguística” (MADER, 2007, p. 198), de modo que se situa num campo interdisciplinar e muito mais amplo que a área jurídica. Nesse contexto, a Legisprudência não é um domínio reservado aos juristas, em que pese “tenham dado os impulsos necessários à sua gênese e continuem a contribuir de maneira decisiva para o seu desenvolvimento” (MADER, 2007, p. 198).

¹⁰ Sobre o ressurgimento da Legística, ver Bar-Siman-Tov (2019).

¹¹ No âmbito da Faculdade de Direito da UFMG foi criado em 2005 um grupo de pesquisa chamado Observatório para a qualidade da lei (APRESENTAÇÃO, c2022).

¹² Na Universidade de Genebra foi criado o Centre d'Étude, de Technique et d'Évaluation Législatives (ACCUEIL, c2022).

Além disso, a Legística ocupa-se da melhoria da qualidade das leis, o que ocorre se atendidos os princípios considerados fundamentais, sete deles descritos no *Relatório Mandelkern*¹³: necessidade (consideração da real necessidade de uma norma); proporcionalidade (equilíbrio entre as vantagens de uma dada norma e as limitações/obrigações que são impostas aos cidadãos); subsidiariedade (nível de adoção da legislação mais próximo do cidadão); transparência (procedimento de preparação da norma que permita o acesso aos trabalhos preparatórios); responsabilidade (determinação dos efeitos da norma e monitorização da execução da norma); acessibilidade (norma acessível aos cidadãos); e simplicidade (publicação de legislação compreensível) (MANDELKERN GROUP, 2001, p. 9-10). Para o desenvolvimento desses princípios, é necessário o emprego destes instrumentos fundamentais: a consulta/participação da sociedade; a avaliação de impacto; os programas de simplificação e acesso à legislação; revisões periódicas da legislação e consolidação da legislação (ALMEIDA, 2007). Conforme se pode observar, a Legisprudência já desenvolveu seu núcleo irredutível e a pauta geral que indica a forma como é desenvolvido o seu programa de pesquisa.

Por essas razões, existem autores que entendem que a Legística é “o ramo da ciência que se ocupa de estudar a legislação, desde sua elaboração até a verificação de sua eficácia” (DIAS; SILVA, 2017, p. 38). Chevalier (1995 apud GUIMARÃES; BRAGA, 2011, p. 83) define a Legística como a Ciência aplicada da legislação, “que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, redação, edição e aplicação das normas”. Almeida (2007, p. 2) entende que a Legística é “uma ciência interdisciplinar que tem um [objeto] claro – o estudo de todo o circuito da produção das normas – e para a qual convergem vários métodos e diferentes conhecimentos científicos”. Soares (2007, p. 124) sustenta que a Legística é “uma ciência que atua, sob o ponto de vista material, em prol do reforço da faticidade e efetividade da legislação, bem como, sob o ponto de vista formal, otimizando a inteligibilidade e acessibilidade dos textos legais”.

Dessa forma, prevalece a noção de que a Legística é o ramo da Ciência que se ocupa do estudo do fenômeno legislativo visando à produção normativa de maior qualidade. Entretanto, quando se buscam as repercussões pragmáticas da Legística e da dogmática jurídica tradicional, observa-se

¹³ O *Relatório Mandelkern* foi desenvolvido por um Grupo de Trabalho constituído pelo Conselho Europeu que ocorreu em Lisboa no ano 2000 e integra uma agenda chamada *Better regulation (Legislar melhor*, em tradução nossa). Para isso, o *Relatório* propõe um Plano de Ação com prazos, cuja implementação contribuiria significativamente para alcançar as melhorias necessárias. Buscou-se desenvolver princípios considerados fundamentais para a melhoria da qualidade legislativa na União Europeia e nos Estados-membros com o objetivo de alcançar metas ambiciosas de desenvolvimento econômico para a Europa (MANDELKERN GROUP, 2001).

que não se confundem, conforme se pode constatar no Quadro comparativo desenvolvido pelo suíço Charles-Albert Morand:

Quadro

Comparativo entre Direito/Dogmática e Legística

	Direito/Dogmática	Legística
Racionalidade	Lógica (presunções e ficções necessárias)	Gerencial (objetivos-meios)
Critério	Conformidade com a lógica	Eficácia: concretização dos objetivos
Controle	Jurisdicional de conformidade	Avaliação por órgão político-administrativo (prioridades-políticas públicas)
Funcionamento	Linear – hierarquia de normas	Sistemática – vários sistemas em conexão
Tônica/sentido	Aplicação – hermenêutica	Criação e aplicação das normas – otimizar a aplicação
Mecanismo lógico	Dedução (silogismo)	Indução/dedução (simulação do cenário)
Realidade social	Isolamento (dever-ser)	Interação (diálogo com o contexto)
Tipo de normas	Deônticas	Pragmáticas (compromisso com resultado; razoabilidade)

Fonte: Morand (1999).

Suxberger (2020, p. 96) resume a diferença entre a dogmática jurídica e a Legística ao afirmar que aquela se ocupa “de uma racionalidade baseada na lógica e observa um critério de conformidade do Direito aplicável ao fato apresentado para solução, ao passo que a Legística é marcada por uma racionalidade gerencial, de consideração dos meios eleitos em face dos fins almejados”.

Percebe-se, assim, que não se confundem Legística e dogmática jurídica tradicional, em que pesem suas semelhanças, o que indica que a arte de legislar não é ramo do Direito, ou seja, as implicações do emprego da Legística para o desenvolvimento de um marco regulatório da IA, nesse contexto, não se restringem à área jurídica, o que indica a necessidade de identificar a carência na regulação da IA com base na jurisprudência no contexto de “crise da lei”.

3 Carência na regulação da inteligência artificial no contexto de “crise da lei”

A carência na regulação da IA não se relaciona à conformação ou à necessidade de normas regulatórias sobre o assunto, pois a decisão de legislar é política e, por conseguinte, está sujeita a condicionamentos

políticos, sociais e econômicos – e nem todos os problemas justificam uma ação do Estado (MADER, 2007, p. 201). O que se pretende neste tópico é identificar como a “crise da lei” deveria impulsionar o legislador a empregar a Ciência da Legislação e, conseqüentemente, melhorar a qualidade da lei que regular a IA.

Esse contexto de “crise da lei” remete-nos a dois cenários descritos por Almeida (2007): eles não se excluem e são observados concomitantemente. O primeiro sinaliza a crise de legitimação do Estado, pois os atores sociais questionam a sua legitimidade por não se reconhecerem na legislação aprovada pelo Poder Legislativo, o que indica o “esvaziamento da democracia representativa no Brasil” (SUXBERGER, 2020, p. 96) e a noção de que as leis não são expressão da justiça (DIAS; SILVA, 2017, p. 36).

O outro cenário refere-se à falência ou dificuldade do Estado Social, em razão do excesso de legislação que dificulta a comunicação entre o legislador e os destinatários da lei (MADER, 2007, p. 204), algo que pode justificar questionamentos à qualidade das deliberações das Casas Legislativas. Nos últimos cinco anos, por exemplo, o Congresso Nacional aprovou 870 (oitocentas e setenta) leis ordinárias¹⁴, sem contar, portanto, as demais iniciativas legislativas como Propostas de Emenda à Constituição e Leis Complementares.

Esse quadro crítico contribuiu para o ressurgimento da Legisprudência como alternativa ou resposta à “crise da lei”, em razão não apenas do seu caráter científico e interdisciplinar, mas também da utilidade dos seus princípios e métodos que contribuem para o desenvolvimento de uma política legislativa de qualidade.

Nesse contexto, a principal carência que se observa em relação à regulação da IA é exatamente

a ausência de emprego da Ciência da Legislação para o desenvolvimento da proposta da norma, como se depreende da leitura de dois dos três PLs que tramitavam no Senado Federal em janeiro de 2022¹⁵ – o PL nº 21/2020 (BRASIL, 2020a), iniciado na Câmara dos Deputados pelo deputado federal Eduardo Bismarck (PDT-CE), e o PL nº 872/2021 (BRASIL, 2021b), de iniciativa do senador Veneziano Vital do Rêgo (MDB/PB). Em comum, esses projetos preocupam-se em importar noções e princípios desenvolvidos principalmente no exterior, como os da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que reúne 41 países, e da Declaração de Montreal¹⁶, que contém diretrizes para o uso ético de IA. Não se questiona a importância dessas orientações nem a decisão política do legislador por tomá-las como inspiração, mas pode-se afirmar que o emprego da Legística traria contributos para o desenvolvimento de uma norma reguladora da IA de melhor qualidade, os quais serão descritos a seguir.

4 Contributos relevantes da Legística para a elaboração do marco legal da IA

Para compreender os contributos relevantes que a Legisprudência pode oferecer à elaboração de uma norma reguladora da IA, é preciso antes conhecer os elementos que ela pode oferecer para o desenvolvimento de uma legislação de qualidade.

¹⁵Na justificativa do PL nº 5.051, de 2019 (BRASIL, 2019), de iniciativa do senador Styvenson Valentim (Podemos/RN), não constou qualquer menção às iniciativas europeias sobre o desenvolvimento de normas e princípios aplicáveis à IA.

¹⁶A Declaração de Montreal integra o Relatório da Declaração de Montreal pelo Desenvolvimento Responsável da Inteligência Artificial (2018), e nela ao menos sete princípios foram identificados: bem-estar, autonomia, justiça, privacidade, conhecimento, democracia e responsabilidade.

¹⁴As leis ordinárias aprovadas foram 171 em 2021; 142 em 2020; 184 em 2019; 201 em 2018; e 172 em 2017 (LEIS..., 2022).

Almeida (2007, p. 12-14) apresenta um rol exemplificativo dos princípios que devem ser considerados para a consecução de uma política legislativa de qualidade: 1) necessidade da lei; 2) respeito dos princípios fundamentais do Direito; 3) responsabilidade pelos efeitos da lei; 4) transparência no procedimento legislativo; 5) acessibilidade da lei; 6) desenvolvimento de programas de formação interdisciplinar na área da Teoria da Legislação; 7) partilha do saber; e 8) identificação de entidades dinamizadoras da política de legislação. A necessidade da lei, nesse passo, decorre da competência privativa do legislador, seja pela iniciativa da criação da norma, seja no seu espaço de conformidade. Existem outros princípios, porém, que derivam da noção de Estado Democrático de Direito e sinalizam o dever do legislador de cumprir as normas constitucionalmente previstas – caso dos itens 2, 3, 4 e 5. De fato, não se pode falar de lei de qualidade que não tenha sido criada de acordo com o texto constitucional ou cujas previsões violem as prescrições descritas na CRFB. Por último, pode-se afirmar que o legislador não desenvolveu o conteúdo dos itens 6, 7 e 8, o que poderia ter sido realizado para a melhoria da proposta que regula a IA, pois se trata de subsídios relevantes que não interferem na conformidade, que é privativa do legislador.

Sete das principais áreas de interesse da Legística são descritas por Mader (2007, p. 199-200): 1) Legística material ou metodologia legislativa (interessa-se pelo conteúdo da legislação e procura desenvolver um procedimento para a elaboração dos atos legislativos); 2) Legística formal, Técnica legislativa ou Legística no sentido estrito (ocupa-se dos aspectos formais da legislação, principalmente pela forma dos atos, sua estrutura e sua sistemática); 3) redação e comunicação legislativas (dizem respeito aos aspectos linguísticos da legislação, notadamente a inteligibilidade e a publicação); 4) Processo Legislativo

(aborda as regras institucionais, organizacionais e processuais que regulam o processo legislativo); 5) gestão de projetos legislativos (relaciona-se com o emprego de técnicas de gestão de projeto ao processo de elaboração das leis); 6) Sociologia Legislativa (examina fatores que influenciam o processo legislativo, a aplicação e os efeitos da legislação); e 7) Teoria da Legislação (analisa criticamente a atividade legislativa e reflete a respeito das funções da legislação na sociedade).

Ocupemo-nos dos dois principais aspectos que podem contribuir para a qualidade da norma reguladora da IA e que não integram o espaço de conformidade, privativo do legislador, começando pela Legística material, que trata desde a definição da substância ou da matéria normativa até a avaliação dos efeitos da legislação e que se apoia em uma segmentação do processo legislativo em diversos atos sequenciais que contempla: 1) a definição do problema e a definição dos objetivos; 2) a procura de instrumentos suscetíveis de contribuir para a solução do problema; 3) a avaliação desses instrumentos; 4) a escolha da solução que será a adoção da legislação; 5) a aplicação da norma; 6) a avaliação dos efeitos da norma; e 7) se necessário, a adaptação da legislação (MADER, 2007, p. 201). A definição dos objetivos do marco regulatório da IA não se encontra bem delimitada nas justificativas dos projetos de lei que tramitam no Senado Federal a respeito do tema, o que poderá ensejar dúvidas futuras, quando se avaliar a legislação hoje em vigor, de modo que a Legística material poderia ser empregada para qualificar a iniciativa.

Os aspectos linguísticos da legislação são fundamentais para a elaboração de uma norma que regule a IA, dada a interdisciplinaridade do tema, que envolve assuntos não apenas afetos à área jurídica, como a responsabilidade civil pelos atos ilícitos praticados pelo sistema de IA, mas pressupõe conceitos de informática, como a própria noção de IA, a autonomia do sistema

e a discriminação algorítmica, que sinalizam para a necessidade de cautela. Do ponto de vista econômico, deve-se ter em mente os impactos da norma para os trabalhadores, essencialmente as repercussões que a tecnologia poderá ensejar sobre o mercado de trabalho. Também não se pode deixar de mencionar as questões de ética e de segurança, cuja regulamentação será fundamental para alicerçar uma futura legislação sólida, moderna e exequível. Portanto, do legislador espera-se que desenvolva a redação da proposta com clareza, coerência e concisão para criar uma norma compreensível e acessível a todos que serão afetados por sua vigência.

Outros contributos da Legística podem ser observados no *Relatório Mandelkern*, no qual se encontram aqueles sete princípios para a melhoria da qualidade da legislação já mencionados (MANDELKERN GROUP, 2001)¹⁷, dois dos quais relevantes a esta altura da investigação.

A proporcionalidade deve ser muito bem considerada na elaboração do marco legal da IA porque normas dessa natureza devem encontrar o equilíbrio entre estimular o desenvolvimento da tecnologia sem gerar embaraços em razão das restrições que certamente devem ser empregadas para a preservação dos direitos humanos.

Também a subsidiariedade revela-se como um princípio fundamental a ser observado pelo legislador, essencialmente com a elaboração de uma norma que não traga insegurança para os que programarão e operarão os sistemas de IA e não retire do investidor a segurança jurídica e, conseqüentemente, não afete o crescimento econômico no Brasil, dada a potencialidade do mercado.

Descritos os principais contributos que a Legisprudência pode trazer para a elaboração

do marco legal da IA, é preciso avaliar como se pode chegar à noção de qualidade de uma norma que ainda se encontra em elaboração.

A ideia de qualidade da legislação é complexa, compreende diversos princípios ou critérios e implica a observância de pressupostos extraídos de diversas áreas como a jurídica, a sociológica e a econômica, por exemplo. Uma das principais maneiras para se aferir a qualidade da legislação é a avaliação dos efeitos da lei, que podem ser considerados sob pontos de vista diversos, segundo diferentes aspectos e critérios, dentre os quais os mais citados são a efetividade, a eficácia e a eficiência, cuja distinção pode ser encontrada em Mader (2001, p. 126-127).

Em síntese, pode-se afirmar que efetividade é a medida ou o grau em que as atitudes e comportamentos observáveis da população-alvo correspondem e são uma consequência do modelo normativo, isto é, as atitudes e comportamentos prescritos pelo legislador. A eficácia é a medida em que a ação legislativa atinge o seu objetivo previamente estabelecido pelo legislador, ou seja, a lei será eficaz quando os seus efeitos representarem uma suficiente promoção dos fins concretos objetivados por ele. A eficiência da lei indica a relação entre os *custos* e os *benefícios* da ação legislativa, expressões que devem ser entendidas em sentido amplo: os *custos* significam não apenas as consequências financeiras diretas do cumprimento das normas legais, mas também levam em consideração fatores não materiais, como transtornos psicológicos ou emocionais e até mesmo os efeitos negativos da legislação, ao passo que os *benefícios* se relacionam em especial com os objetivos da ação legislativa, isto é, com os efeitos que sejam compatíveis com esses objetivos.

Normalmente a avaliação da legislação é realizada depois de sua vigência, mas é possível falar-se hoje em exame *ex ante* ou avaliação prospectiva, durante o processo legislativo, dos eventuais impactos da legislação na realidade

¹⁷ Conforme mencionado: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, acessibilidade e simplicidade.

concreta, especificamente a eficácia da lei que indica a adequação entre os efeitos de sua aplicação com a promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador (SCALCON, 2017, p. 118-119). Essa avaliação prospectiva da norma durante o processo legislativo deve ocorrer por meio de estudos desenvolvidos por técnicos das diversas áreas que serão impactadas pela norma. No caso do PL nº 21/2020 (BRASIL, 2020a), foi constituída uma Comissão de Juristas para o desenvolvimento da proposta legislativa, mas a existência de uma Comissão Interdisciplinar com a presença de juristas, sociológicos, cientistas, economistas, empresários, programadores e outros profissionais – que certamente serão impactados pela futura legislação – poderia contribuir para um olhar mais amplo da avaliação *ex ante* da proposta legislativa. Não se nega a grande capacidade intelectual dos integrantes da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal. Sabe-se que haverá audiências públicas para apresentação de propostas envolvendo a iniciativa e que será aberta a oportunidade para que a sociedade contribua para o projeto, mas toda essa participação será levada a julgamento da Comissão de Juristas, o que é bem diferente de haver deliberação por uma Comissão Interdisciplinar, que realizaria o debate de maneira muito mais aprofundada.

5 Considerações finais

Pode-se concluir que existem contributos significativos para a melhoria da qualidade da proposta de lei que regulará a IA no Brasil, e o fato de não haver um texto aprovado pelo legislador não exclui a possibilidade de avaliação *ex ante* ou avaliação prospectiva do projeto de lei durante o processo legislativo, sendo admissível analisar a eficácia da futura lei que indica a adequação entre os efeitos de sua aplicação com a promoção dos fins concretos objetivados pelo legislador.

Esses contributos são extraídos da Legística, Legisprudência, Estudos Legislativos, Estudos sobre Legislação, Ciência da Legislação ou Teoria da Legislação e podem auxiliar o legislador para a superação de três questões essenciais que envolvem um marco legal da IA. A primeira se relaciona à formulação da redação da norma que contemple o equilíbrio entre a preservação dos direitos humanos e o desenvolvimento da tecnologia, sem embaraços que comprometam significativamente a criação e o emprego desse tipo de sistema (razoabilidade). A segunda é relativa à qualidade da redação, que deveria pautar-se pela clareza, coerência, concisão, compreensão e acesso aos cidadãos. A terceira diz respeito ao desenvolvimento de uma norma dotada de credibilidade ou conformidade social, compreendida como a adequação entre a redação e a realidade social.

O emprego desses contributos surge como alternativa para a superação da “crise da lei” – compreendida, de um lado, como crise da legitimação do Estado e, por outro lado, como dificuldades do Estado Social. A Legística pode contribuir para o processo de elaboração da legislação federal relativa à IA, não no espaço de conformação legislativa, isto é, quanto aos juízos de conformidade propriamente ditos – o que pode ou o que não pode ser objeto da lei –, mas precisamente sobre como elaborar melhor a lei.

Sobre os autores

José Eustáquio de Melo Júnior é mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; doutorando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil; doutorando em Direito pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Gurupi, TO, Brasil.
E-mail: eustaquio@tjto.jus.br

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira é doutor em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; professor dos cursos de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT), Universidade Estadual do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas, TO, Brasil; professor dos programas de pós-graduação *latu sensu e stricto sensu* da Escola Superior da Magistratura da UFT, Palmas, Tocantins, Brasil; advogado.
E-mail: gustavopaschoal1@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

MELO JÚNIOR, José Eustáquio de; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro. Contributos da Legística para a elaboração do marco legal da inteligência artificial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 99-114, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p99

(APA)

Melo, J. E. de, Jr., & Oliveira, G. P. T. de C. (2023). Contributos da Legística para a elaboração do marco legal da inteligência artificial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 99-114. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p99

Referências

ACCUEIL. In: CENTRE d'Étude, de Technique et d'Évaluation Législatives. Genève: Université de Genève, c2022. Disponível em: <https://www.unige.ch/droit/cetel/>. Acesso em: 24 ago. 2022.

ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: QUALIDADE DA LEI E DESENVOLVIMENTO*, 2007, Belo Horizonte. [Anais]. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2007. p. 1-14.

ALMEIDA, Patricia Gomes Rêgo de; SANTOS, Carlos Denner dos; FARIAS, Josivania Silva. Artificial intelligence regulation: a framework for governance. *Ethics and Information Technology*, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 505-525, Sept. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10676-021-09593-z>.

APRESENTAÇÃO. *In: OBSERVATÓRIO para a Qualidade da Lei*. [Belo Horizonte]: UFMG, c2022. Disponível em: <https://observalei.direito.ufmg.br/apresentacao/>. Acesso em: 24 ago. 2022.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The global revival of jurisprudence: a comparative view on legislation in legal education and research. *In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). Conceptions and misconceptions of legislation*. New York: Springer, 2019. p. 275-294. (Legisprudence Library, 5).

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1907.

BRAGA, Ana Vitória; LINS, Alane Franco; SOARES, Lucas Souza; FLEURY, Lygia Gomes; CARVALHO, Júlia Cândido; PRADO, Renata Silva do. Inteligência artificial na medicina. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PESQUISA, ENSINO E EXTENSÃO*, 3., 2018, Anápolis, GO. [Anais]. Anápolis, GO: UniEvagélica, 2018. v. 2, p. 937-941. Disponível em: <http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/CIPEEX/article/view/2997>. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 21, de 2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 240, de 2020*. Cria a Lei da Inteligência Artificial, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020b. [Arquivado]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236943>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.969, de 2021*. Dispõe sobre os princípios, direitos e obrigações na utilização de sistemas de inteligência artificial. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021a. [Arquivado]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2284814>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 872, de 2021*. Dispõe sobre os marcos éticos e as diretrizes que fundamentam o desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2021b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 5.051, de 2019*. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 24 ago. 2022.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 2017.

CHIBENI, Silvio Seno. *O que é ciência?* [Campinas]: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unicamp, [2004]. Disponível em: <https://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Portaria nº 271, de 4 de dezembro de 2020*. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. [Brasília, DF]: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá

outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 24 ago. 2022.

DECLARAÇÃO de Montreal pelo Desenvolvimento Responsável da Inteligência Artificial, 2018. [Montreal: s. n.], 2018. Disponível em: https://www.sbmac.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Português-UdeM_Decl-IA-Resp_LA-Declaration_vf.pdf. Acesso em: 24 ago. 2022.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. A crise da lei no Estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 36-55, jul./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-012X/2017.v3i2.2400>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/2400>. Acesso em: 24 ago. 2022.

GESLEY, Jenny; AHMAD, Tariq; SOARES, Eduardo; LEVUSH, Ruth; GUERRA, Gustavo; MARTIN, James; BUCHANAN, Kelly; ZHANG, Laney; UMEDA, Sayuri; GRIGORYAN, Astghik; BORING, Nicolas; HOFVERBERG, Elin; FEIKHERT-AHALT, Clare; RODRIGUEZ-FERRAND, Graciela; SADEK, George; GOITOM, Hanibal. *Regulation of artificial intelligence in selected jurisdictions*. Lincoln: University of Nebraska-Lincoln, 2019. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/scholcom/177/>. Acesso em: 24 ago. 2022.

GUIMARÃES, André Sathler; BRAGA, Ricardo de João. Legística: inventário semântico e tese de estresse do conceito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242910>. Acesso em: 24 ago. 2022.

LAKATOS, Imre. Falsification and the methodology of scientific research programmes. In: HARDING, Sandra G. (ed.). *Can theories be refuted?: essays on the Duhem-Quine thesis*. Dordrecht-Holland: D. Reidel Pub. Co., 1976. p. 205-259. (Synthese Library, v. 81).

LARRONDO, Manuel Ernesto; GRANDI, Nicolás Mario. Inteligencia artificial, algoritmos y libertad de expresión. *Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador*, [s. l.], n. 34, p. 177-194, marzo/agosto 2021. DOI: <https://doi.org/10.17163/uni.n34.2021.08>. Disponível em: <https://universitas.ups.edu.ec/index.php/universitas/article/view/34.2021.08>. Acesso em: 24 ago. 2022.

LEIS ordinárias. In: PORTAL da legislação. [Brasília, DF]: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>. Acesso em: 24 ago. 2022.

LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial e medicina. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Brasília, DF, v. 41, n. 2, p. 185-193, abr./jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1981-52712015v41n2esp>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/f3kqKjVQJxB4985fDMVb8b/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Inteligência artificial, o futuro da medicina e a educação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Brasília, DF, v. 42, n. 3, p. 3-8, jul./set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1981-52712015v42n3RB20180115EDITORIAL1>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/PyRJRfW4vzDhZKzZW47wddQy/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 24 ago. 2022.

MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 119-131, Aug. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1093/slr/22.2.119>.

_____. Legislação e jurisprudência. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/318/271>. Acesso em: 24 ago. 2022.

MANDELKERN GROUP. *Better regulation: final report*. [S. l.: European Commission], 2001. Disponível em: <https://www.smartreg.pe/reportes/Mandelkern%20Report%20on%20Better%20Regulation%202001.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

MORAND, Charles-Albert. Eléments de légistique formelle et matérielle. In: _____ (dir.). *Légistique formelle et matérielle* = Formal and material legistic. Aix-en-Provence: Presses

Universitaires d'Aix-Marseille, 1999. p. 17-45. (Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille).

MOTA, Louise Menegaz de Barros. Jeremy Bentham: entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 49, n. 196, p. 283-295, out./dez. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496628>. Acesso em: 24 ago. 2022.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p113. Acesso em: 24 ago. 2022.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/31>. Acesso em: 24 ago. 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O juiz das garantias como caso de erro legístico. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 93-114, out./dez. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93. Acesso em: 24 ago. 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Vinícius. *Inteligência artificial*: aspectos jurídicos. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

WHITE, James M.; LIDSKOG, Rolf. Ignorance and the regulation of artificial intelligence. *Journal of Risk Research*, [s. l.], v. 25, n. 4, p. 488-500, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1080/13669877.2021.1957985>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13669877.2021.1957985?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 24 ago. 2022.

Direito fraterno entre cosmopolitismo e arquitetura do bem-estar

MARIAH BROCHADO

Resumo: A referência à fraternidade ou à solidariedade como valor jurídico nos remete a uma discussão tradicional na Filosofia do Direito: o limite entre impositividade moral e jurídica, haja vista o forte apelo da noção de fraternidade às práticas filantrópicas, meras liberalidades morais sem exigibilidade jurídica. A noção de cosmopolitismo em Kant impõe-nos a solidariedade como valor jurídico universal a ser compartilhado no *globus terraqueus*, o que aponta para a relação entre direito fraterno e *ius cosmopoliticum* para densificar juridicamente a fraternidade como direito exigível. Dentre as versões de fraternidade cosmopolita, apontamos a arquitetura do bem-estar, expressão de um paternalismo libertário, aqui apresentada como forma de efetivação de direitos de fraternidade como *nudging*. Este é aqui referido como possibilidade de exercício do direito à felicidade na forma de bem-estar social, particularmente dos grupos mais vulneráveis, carentes de solidariedade como direito, cuja positividade exemplar no constitucionalismo fraternal brasileiro hoje se revela como assistência social.

Palavras-chave: direito fraterno; cosmopolitismo; *nudge*; bem-estar; constitucionalismo fraterno.

Fraternal law between cosmopolitanism and architecture of well-being

Abstract: The reference to fraternity or solidarity as a legal value brings us back to a traditional discussion in the philosophy of law: the limit between moral and legal impositiveness, given the strong appeal of the notion of fraternity to philanthropic practices, mere moral liberalities without legal enforceability. Kant's notion of cosmopolitanism imposes solidarity as a universal juridical value to be shared in the *globus terraqueus*, which points to the relationship between fraternal law and *ius cosmopoliticum* to legally densify fraternity as a claimable right. Among the versions of cosmopolitan fraternity, we point to the architecture of well-being, an

Recebido em 23/6/22
Aprovado em 5/9/22

expression of a libertarian paternalism, which circumvents the realization of fraternity rights in the form of nudging. This is referred as the possibility of exercising the right to happiness as social welfare, particularly for the most vulnerable groups, lacking solidarity as a right, whose exemplary positivity in Brazilian fraternal constitutionalism today reveals itself as social assistance.

Keywords: fraternal law; cosmopolitanism; nudge; welfare; fraternal constitutionalism.

1 Introdução

Ao discutir as novas dimensões dos Direitos Humanos na atualidade, desafia-nos a compreensão da categoria “direitos de solidariedade ou fraternidade”, dimensão de direitos ainda pouco densificada no plano das legislações constitucionais, a depender de positivações caracterizadas como direitos *sociais* ou de *tutela difusa* para serem dotadas de efetividade jurídica de fato impositiva, como ocorre com as previsões da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), na qual os direitos de solidariedade se encontram positivados pontualmente, sem uma declaração expressa que os anteceda, como no caso das previsões específicas da assistência social.

A ideia de solidariedade ainda apela para a liberalidade decisória subjetiva dos indivíduos, que encaram o *gesto solidário* como ação eminentemente moral, exercício de caráter filantrópico, dependente da autonomia dos que optam por praticá-la, como uma espécie de alteridade sacralizada no *foro íntimo* de cada um sem qualquer *juridicidade* possível, de modo que soa inapropriado *reivindicar* um direito que imporia a outrem o *dever de prestar solidariedade*. A situação agrava-se quando se emprega a expressão *fraternidade*, devido à conotação religiosa explorada pela Igreja Católica nas conhecidas *Campanhas da Fraternidade* no Brasil nas décadas de 1970 e 1980. Pautadas pela *compaixão* e a *comunhão* de propósitos inspiradas pela vida de Cristo, as propagandas televisivas dessas campanhas exortavam à prática da benevolência para auxiliar o bem-estar do próximo.

Assim, pensar num direito à solidariedade ou à fraternidade (e aqui veremos que há distintas abordagens a propósito), de modo a inspirar uma seara protetiva dos direitos humanos como *Direito Fraternal* (há os que se referem a *Direito Constitucional Fraternal*), exige não só uma profunda

reflexão sobre os pilares éticos do Direito mas também a construção de arsenal argumentativo que subsidie a afirmação de que a *vida em fraternidade* é um direito a ser exigido, protegido e implementado *objetivamente* no âmbito da normatividade jurídica – portanto, além do plano subjetivo meramente moral.

Este texto propõe-se refletir sobre as bases do direito à solidariedade e à fraternidade, relacionando-os à tese da *arquitetura do bem-estar*, pensada como meio atualizado e socialmente eficaz de garantir os direitos de solidariedade e de intervenção estatal na forma de *paternalismo libertário*. Trata-se de relação entre categorias protetivas complementares, que pode ser uma chave compreensiva plausível para densificar, nessa quadra de século, a atuação do Estado rumo à realização de um Direito Fraternal que, como categoria mais elevada do fenômeno jurídico, preserve a integridade e a dignidade da pessoa humana.

2 O cosmopolitismo como projeto de solidariedade terrena universal

A origem mais próxima da noção de *cosmopolitismo* e do *ius cosmopolitanum* é a obra *Metafísica dos costumes*, de Immanuel Kant. Nela, o filósofo firma a posição de que a *racionalidade* determina que todos os povos da Terra precisam viver uma comunidade *pacífica*, ainda que não *amistosa*, razão por que são impulsionados racionalmente a estabelecer relações entre si. Segundo Kant (1994), essa conclusão, que não é de natureza *filantrópica* mas um princípio *jurídico*, impõe-se por uma evidência simples: a de que nós fomos encerrados pela natureza num *globo* (o globo terrestre), cuja forma esférica nos impõe a posse da terra e o comércio segundo um formato (rotundo) que aponta para a necessidade de leis de convivência racional entre os seres que

habitam o planeta, ou seja, para a exigência de um *direito cosmopolita* (*ius cosmopolitanum*). Em suas palavras,

[L]a naturaleza los ha encerrado a todos juntos entre unos límites determinados (gracias a la forma esférica de su residencia, como *globus terraqueus*); y como la posesión del suelo sobre el que puede vivir un habitante de la tierra sólo puede pensarse como posesión de una parte de un determinado todo, por tanto, como una parte sobre la que cada uno de ellos tiene *originariamente* en derecho, todos los pueblos originariamente tienen en común el suelo, pero no están en comunidad *jurídica* de la posesión (*communio*) y, por tanto, del uso o de la propiedad del mismo, sino en una comunidad de posible *interacción* física (*commercium*), es decir, que se encuentran en una relación universal de uno con todos los demás, que consiste en *prestarse* a un *comercio* mutuo, y tienen el derecho de intentarlo, sin que por eso el extranjero esté autorizado como a enemigos. Este derecho, en tanto que conduce a la posible unión de todos los pueblos con el propósito de establecer ciertas leyes universales para su posible comercio, puede llamarse el derecho *cosmopolita* (*ius cosmopolitanum*) (KANT, 1994, p. 192, grifos do autor).

Essa noção de um direito cosmopolita que uniria todos os povos da Terra faliu na medida em que o Direito Internacional sucumbiu à supremacia dos Estados que se impõem segundo sua soberania, de modo que um pequeno grupo deles conduz as instituições que se prestariam a tutelar a comunhão entre os povos do mundo, cuja representação maior é a Organização das Nações Unidas (ONU). Segundo Bobbio (1989), seria necessário que o Direito Internacional clássico evoluísse para a formação de um verdadeiro *terzo assente*, entidade supranacional responsável em todos os sentidos pela garantia dos direitos do homem, papel que a ONU não tem conseguido desempenhar por se constituir inevitavelmente como *entidade contratual*.

Nas palavras de Bobbio (1989, p. 217), sobre a necessidade desse terceiro ente “ausente”, “distante”, neutro,

se un conflitto nada essere risolto con la forza, uno dei due deve essere eliminato; se deve essere risolto pacificamente, occorre che emerga un Terzo cui le parti si affidino o si pieghino. Si dice: Due sole persone non costituiscono una società. Meriterebbe di passare alla storia un altro detto: Due sono persone non stabiliscono un accordo duraturo.

A ideia de “acordo duradouro” sugerida por Bobbio está mais próxima de uma *teoria institucionalista do Direito* (tal como proposta por Maurice Hauriou) que da noção kantiana de cosmopolitismo, a qual parte da concepção do indivíduo como *consciência*, e não como parte constitutiva da sociedade de forma consensuada. A Filosofia transcendental de Kant não admite a *condição social* do ser humano como definidora de sua essência, a qual é definida pela liberdade, um dado tão inexorável à natureza humana quanto a determinação causal dos fenômenos da natureza. O *postulado da liberdade* é elemento fundante do sujeito em Kant, e não sua pertença social.

Na verdade, Kant (1994) estabelece outra conexão entre homem e sociedade para definir o seu cosmopolitismo, ao postular que as relações humanas são decorrência de um princípio jurídico que determina que os indivíduos devam prestar-se auxílio mútuo como *coabitantes* de um mesmo espaço, o *globo terrestre*. Essa *habitação* comum é a única possível a todos os que nela se encontram e, conseqüentemente, se relacionam por força do compartilhamento do mesmo direito sobre o globo, ainda que a posse e a propriedade se exerçam obviamente em partes por cada um. Se nosso hábitat fosse de outras formas (quadrado, triangular, retangular), haveria vértices que são pontos de conflito que mudam

a direção, o que dificultaria o *encontro* em sua superfície. Um cubo – quadrado em volume – seria mais difícil de explorar territorialmente.

A forma racional como Kant (1994) entende a *cosmopoliticidade* humana – somos todos habitantes de um planeta e não podemos pensar a vida política como os gregos, que a entendiam nos estreitos limites de sua visão de mundo, o das *ciudades-estado* – é uma evidência inegável, uma conclusão lógica decorrente da nossa faculdade racional. E ele destaca que tais relações não se impõem por mera *filantropia* justamente por isso.

O conceito de filantropia não se confunde com o de solidariedade ou fraternidade. Filantropia, o oposto de misantropia, significa etimologicamente “amor ao próximo” (*philos+anthropos*), pendor dos seres humanos de ajudarem seus semelhantes. A expressão remete a *Philia*, uma das três formas de amor retratadas na obra *O banquete*, de Platão, uma espécie de amor familiar, diverso do *Eros* e da *Ágape* – este um amor em irmandade, aquele o amor permeado pela atração física, de natureza erótica. Montenegro (2014, p. 123) explica que o termo *philia* é usado para designar tanto o sentimento nutrido pelos amigos quanto “para referir-se ao amor entre membros de uma família [...] [e] talvez a maior diferença entre *Eros* e *Philia* resida no fato de que esta implica necessariamente uma reciprocidade, ao passo que aquele pode perfeitamente prescindir de correspondência”.

Kant (1994) não admite que o *pendor afetivo* pelo próximo como ocorre nas relações de amizade justifique a constituição do cosmopolitismo, pois ele decorre da razão, e não de sentimentos ou pendoros. Assim, tratar de Direito Fraterno (ou Solidário)¹ não pode emaranhar-nos no

¹ Não temos por propósito traçar distinções rigorosas entre fraternidade e solidariedade, mas considerá-las

principal dos sensibilismos, pendores e afeições. Se a solidariedade ou fraternidade for considerada nessa perspectiva, não se evoluirá para a possibilidade de afirmá-la como categoria jurídica, e ela estará sujeita às condições subjetivas de ordem psicológica, estética e moral. O que importa ao relacionarmos a solidariedade ao cosmopolitismo é a concepção kantiana de Direito Cosmopolita, o qual, como categoria jurídica, imprime à solidariedade a condição de *relação jurídica*, e não relação meramente sentimental. Essa ilação é relevante diante da dificuldade dos juristas em compreender atos solidários como *deveres* ao remeterem esse tipo de experiência ao plano da espontaneidade e da afeição.

Kant (1994) busca uma justificativa rigorosa para a necessidade de um direito cosmopolita, de referência espacial, o que torna a solidariedade humana uma obrigação: ela é imposta pela lei *cosmopolítica*, a determinação racional de que todos se relacionem de maneira pacífica, em comunhão de propósitos, haja vista a condição de todos os humanos pertencerem a um mesmo universo, a Terra, por ser circular o planeta. Por outro lado, vincular a solidariedade a um direito cosmopolita é *mutatis mutandis* manter a aura de *soft law* desses institutos, que acabam sendo intercambiáveis no quesito *baixa densidade* normativo-jurídica. Contorna-se a ideia de solidariedade por meio do excessivo apelo à liberalidade comportamental dos indivíduos, que encaram o gesto solidário como ação eminentemente moral, a depender da absoluta

similares para fins de *proteção jurídica*, em que pese haver teses que distingam especificamente um fenômeno do outro, tal como na referência mais à frente que Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz faz a Erhard Denninger. Para os limites deste texto, tomamos os termos como equivalentes conquanto os *direitos de solidariedade* devam ser positivados na forma de direitos sociais a serem garantidos pelo chamado *Constitucionalismo Fraternal*, de contornos ainda um pouco confusos na jurisdição brasileira, razão por que preferimos adotar a noção de que direitos de solidariedade (direitos subjetivos) são reconhecidos pelo Direito em sua versão mais avançada como Direito Fraternal (direito objetivo).

autonomia dos sujeitos que a praticam. Parece soar inapropriado reivindicar um direito dessa natureza – um tipo de alteridade sacralizada no *foro íntimo*, sem qualquer *juridicidade* possível –, que imporia a outrem o *dever de prestar solidariedade*. Na forma de fraternidade, a solidariedade tem evidente apelo religioso, faz referência a virtudes teológicas e à necessidade do exercício cristão da *compaixão*. A Igreja Católica explorou muito esse sentido nas famosas Campanhas da Fraternidade no final do século passado.

A filosofia kantiana contém elementos para a compreensão da solidariedade como categoria jurídica decorrente da ideia de compartilhamento político do universo planetário a que estão adstritos todos os seres humanos. Hoje há uma vasta literatura sobre direitos transnacionais, e o cosmopolitismo parece ser o próximo passo na escala evolutiva da proteção internacional e universal dos direitos humanos. Nesse contexto, pensar num *direito ao bem-estar* e à realização pessoal é um importante passo para a compreensão da realização da humanidade em *escala global*. O estado de bem-estar social já deixou suas marcas na contemporaneidade, sendo o maior objetivo a ser alcançado por tantas comunidades miseráveis do mundo, carentes de distribuição de bens elementares e que clamam por distribuição da riqueza concentrada, sendo tal distribuição um *dever universal de prestação de solidariedade* a uma massa de miseráveis sem qualquer condição de vida, subsistência e, portanto, sem condições de integridade e dignidade humanas.

Como falar em dignidade da pessoa humana sem o mínimo existencial? A categoria já amplamente reconhecida deveria vincular os Estados internacionalmente, via instituições internacionais inspiradas pelo cosmopolitismo – especialmente os grandes aglomerados de capital e riqueza, concentrados nas mãos de uma infinitésima minoria –, o que impõe

o dever de prestação solidária aos miseráveis planetários, no sentido do direito cosmopolita de Kant (1994). Se o *welfare state*² deixou sua marca mais expressiva na política e no Direito estadunidenses, parece não ter sido apreendido de forma *cosmopolita* de modo a transpor essa cultura para o plano da *solidariedade global*, para estendê-la a países carentes da África e a outros territórios miseráveis do planeta. Está longe de se realizar o projeto kantiano, cuja esperança não era o estabelecimento de um *superestado* que assegurasse a paz por meio do seu domínio sobre os outros, mas de uma associação de Estados em que cada um preservasse a sua individualidade e a sua liberdade; a decretação do que ele chama de *lei cosmopolítica*, isto é, “aquela em que os homens ou Estados são considerados como exercendo influência uns sobre os outros em razão de serem partes constituintes do grande Estado da raça humana” (BENDA, 1952, p. 45).

O Estado social experimentado por nós equivocou-se ao romper com a ideia fundante de *cooperação* que constitui a própria essência do conceito de sociedade. Nossas experiências domésticas de formas sociais de Estado estão arraigadas numa espécie de *individualismo cultural*, que se volta para seu próprio território, exclui elementos exógenos tomados como inimigos *naturais* e expressa toda a nossa intolerância com o diverso, todo o nosso descomprometimento com o resto da humanidade. Os discípulos de Kant até hoje não viram e talvez não chegarão a ver nem um pálido começo de realização do seu projeto cosmopolita, sua esperança envelhecida, datada de mais de dois séculos. Voltaremos a essa questão ao abordarmos a *ausência de juridificação* nas declarações de direitos humanos, tal como a entende Habermas (1999), mais um dificultador da efetivação da solidariedade no plano global como bem-estar decorrente do dever de cooperação entre os povos segundo a leitura cosmopolita kantiana e da referência a uma *vontade vinculatória*, como propõe Stammler (1974).

3 Sobre o conceito de solidariedade ou fraternidade

Em *Histoire des doctrines économiques: depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, Gide e Rist (1922) apresentam a concepção de solidariedade com base na tese econômico-política do *Solidarismo*. Segundo os autores, há referência à origem etimológica da palavra *solidariedade*

²Exorbita o recorte pretendido neste texto a discussão sobre os objetivos, compromissos e valores do Estado, quer seja pautado por políticas liberais, que por políticas sociais. A noção de *welfare state* é adequada e satisfatória às ilações aqui propostas. Evidentemente, uma reflexão sobre o *bem-estar* como *direito* (subjetivo) não pode pressupor um Estado descomprometido com a efetivação de direitos sociais, seja como política pública, seja como garantia de direitos fundamentais.

no Direito romano, como um abastardamento da palavra *solidum*, que designava a obrigação que recaía sobre cada devedor quando era considerado responsável pelo todo devido (*in solidum*) numa relação contratual assumida por devedores vários. Daí o uso da palavra parece ter evoluído para *solidité*, ao ser adotada pelos jurisconsultos franceses do Antigo Regime, em particular por Pothier, tendo sido substituída por *solidarité* pelos redatores do Código Civil (GIDE; RIST, 1922, p. 697). Segundo relatam, a palavra passou a ser empregada em vários sentidos – biológico, moral, jurídico, religioso, sociológico, político – e a ser usada na França com muito vigor no início do século XX, tendo sido até então pouco referenciada, à exceção da linguagem jurídica. Na década de 1920, no entanto, ela passou a ser “a palavra final para todas as discussões oficiais, todas as conferências sociais, todos os apelos para encerrar greves ou desatar concessões, [sendo] cada vez mais usada como cabeça de capítulo nos tratados de ética e pedagogia”, expressando a ideia de que “todos os homens formam um todo, como os membros do mesmo corpo” (GIDE; RIST, 1922, p. 697, tradução nossa).

Não nos importa neste breve trabalho apresentar várias posições filosóficas sobre o tema. Todavia, um dos expoentes da história da Filosofia do Direito – Rudolf Stammler, que escreveu entre o final do século XIX e o início do XX – oferece uma importante contribuição para seguirmos com a reflexão sobre a solidariedade como direito, com base no que ele denomina *vontade vinculatória*. Segundo Stammler (1974), essa vontade é a que *vincula as aspirações* dos seres humanos entre si e caracteriza a vida gregária humana na forma de sociedade, que não se confunde com as formas gregárias da vida animal, as quais não têm comunhão de propósitos. Vivemos socialmente porque nossos *fins* se articulam e combinam.

Stammler é considerado *neokantiano*, mas sua versão sobre a condição societária humana tem algo de aristotélico. A definição aristotélica do ser humano como *animal político* (ARISTOTE, 1982) situa-nos necessariamente em comunidade, visto que para Aristóteles todas as coisas que existem são definidas pelo seu fim, sendo o fim do ser humano a sua *autossuficiência*, que só se torna possível pela condição de convivência na *pólis* – seria impossível se vivêssemos à deriva na natureza, como os outros animais. A autossuficiência, por sua vez, só é possível por meio da *comunicação* entre todos os seres humanos, ao passo que a comunicação é o *fim* a que se destina a *linguagem*, de que só os seres humanos são possuidores, diferentemente dos outros animais. Assim como dotou todas as coisas de um fim, a natureza também dotou os seres humanos da capacidade de desenvolver linguagem para que pudessem comunicar-se entre si, compartilhando o que é proveitoso e o que é nocivo. Desse modo, tendo todos os humanos a percepção do que é bom e ruim, do que é justo e injusto, fazem uso da linguagem para comunicarem suas percepções, e, ao compartilhá-las, tornam possível a constituição dos grupos humanos, desde a família até o Estado. É incontestável a interdependência da *condição humana* com a *comunidade* possibilitada pela comunicação.

Stammler (1974) apresenta-nos como categoria da volição humana a *vontade vinculatória*, que determina a necessidade de associação diferenciada do ser humano, totalmente diversa das outras formas gregárias dos animais. Segundo o autor, essa categoria define a sociedade e os fenômenos sociais, entre os quais estariam os fenômenos econômicos e jurídicos. O Direito é uma subcategoria da vontade vinculatória, visto que a ordenação das *aspirações a um fim comum* exige uma vontade *sobreposta* às diversas aspirações, que seja essencialmente diversa de

todas elas e possa reger a todas. O Direito, então, não é a soma das várias aspirações tomadas individualmente a serem fundidas juridicamente, mas sim uma decorrência da vontade vinculatoria que possibilita o vínculo entre todas as aspirações humanas, sendo a regulação externa da vontade vinculatoria (STAMMLER, 1974, p. 101-102). Admitimos a coerção do Direito sobre nossas vidas apenas se admitirmos que a justificativa para isso reside na legitimidade do emprego da força em nome da realização dos fins comungados da vontade vinculatoria de todo ser humano.

Stammler (1974, p. 89) define vontade vinculatoria precisamente como “aquella que enlaza entre sí varias voluntades como medios recíprocos en sus relaciones. Lo que uno quiere lo toma el otro como medio de su propia voluntad, y a su vez aquel encuentra en la voluntad de éste un medio para sus fines propios”. O autor ilustra a definição de *vontade vinculatoria* com um exemplo simples da experiência humana, que só é possível com a vida em sociedade: o processo de educação. Os fins objetivados pelo professor são os de difundir o conhecimento e elevar o nível espiritual da humanidade; os fins almejados pelo aluno, seja por ele postulados, seja por seus pais, são os de se educar e desenvolver seu espírito (STAMMLER, 1974, p. 89). Desse modo, percebe-se que o fim de um é o meio de outro e vice-versa: para que os fins do aluno sejam alcançados, ele necessita dos meios ofertados a ele pelo professor; este, por sua vez, para atingir os seus fins, necessita também dos meios que só o aluno lhe pode oferecer para tornar seus fins possíveis e exequíveis. Assim, a existência dos fins de um é a condição de possibilidade da existência dos fins do outro. E assim ocorre com todas as manifestações da vida social, visto que as aspirações dos integrantes da sociedade não podem ser as mesmas, mas diversas e complementares (ainda que possam

ser agrupadas em tipos de aspirações). A vontade humana dirigida para essa percepção da necessidade de *vínculos de aspirações diversas* é a forma humana de *querer*, e é por ela que a sociedade não só é possível, mas necessária à vida propriamente humana. Ela não é *conditio per quam*, mas sim *conditio sine qua non* da experiência humana:

la existencia de una voluntad *vinculatoria* responde a una *necesidad*, que se impone inexcusablemente con la vida humana. Se trata exclusivamente [...] de una articulación de fines para poder laborar en común, condición que no podemos desterrar de la mente si desenvolvemos consecuentemente nuestros pensamientos. Y nada tiene esto que ver con la distinción entre hombres buenos y malos. [...] Y no se diga, a modo de objeción, que cabe llevar durante alguno tiempo una vida de aislamiento como la de Robinsón. Este estado pasajero de inhibición sólo puede darse en el seno de la sociedad y no tendría sentido si ésta no existiese; es siempre un episodio breve, que acaba necesariamente con la reintegración a la vida *social* (STAMMLER, 1974, p. 95-96, grifos do autor).

A vontade vinculatoria indicada por Stammler como essência da condição de sociabilidade do ser humano é que possibilita a *cooperação* para a satisfação das necessidades humanas (objeto da Economia social), sendo essa cooperação a fonte de todos os fenômenos sociais, entre eles os fenômenos econômicos, os quais possibilitam a condição de *bem-estar*. A cooperação humana é o que distingue a *vida interior* de cada indivíduo da *vida social* na qual todos nos integramos, o que decorre de uma condição *lógica*, que por evidência nós deduzimos: a própria vontade *vinculatoria*. Vale dizer: “Esta condición lógica determinante del concepto de ‘*cooperación*’ es la noción metódica que llamamos *vinculación* de las aspiraciones: así, pues, *todo fenómeno concreto* de la Economía

social se halla condicionado lógicamente por una *voluntad vinculatoria*” (STAMMLER, 1974, p. 155, grifos do autor).

4 A solidariedade como direito e o Constitucionalismo fraterno

O princípio da solidariedade positivado na CRFB está na aparentemente singela declaração do art. 3º, I, que dispõe serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre (dimensão *liberal* da declaração), justa (dimensão *social*) e *solidária* (dimensão *fraternal*). No inciso III do mesmo artigo definem-se os meios pelos quais esse tríptico objetivo será alcançado: pela erradicação da pobreza e da marginalização, e pela redução das desigualdades sociais e regionais (igualdade *material*, que complementa a igualdade *formal* inscrita no art. 5º, *caput* e seu inciso I) (BRASIL, [2022]).

As referências ao princípio da solidariedade expresso nesse dispositivo e em outros da CRFB dizem respeito a ele fundamentar práticas efetivas de *ações afirmativas* e de concretização de *justiça distributiva*. Contudo, restringir a regência do princípio em questão a políticas públicas que visem a mitigar as desigualdades sociais é confundir *justiça* com *solidariedade*. Na verdade, o Estado social pretende fomentar condições mínimas por meio das quais os indivíduos possam galgar suas próprias conquistas, haja vista que os méritos de cada um só serão de fato percebidos e valorizados (*justiça distributiva*) à medida que as condições lançadas permitam que méritos e talentos aflorem (*justiça comutativa*).

Uma comunidade em condições precárias de vida, que tem menos que o mínimo de condições para a sua sobrevivência, como moradia e alimentação, não tem sequer a condição de ascender a patamares culturais e de boa formação que permitam aos seus integrantes desenvolver méritos, profissionalizar-se, buscar seu próprio bem-estar e o de sua família. Quando pensamos numa sociedade solidária –, portanto, num Direito solidário ou fraterno –, pressupomos que os elementos necessários à *autorrealização* do indivíduo no meio em que vive seja uma condição que se impõe a todos os integrantes do meio. O Estado fracassa quando não se presta a ser veículo dessa condição a todos imposta pela *cooperação* necessária à própria forma social pela qual a existência humana se dá, sendo esta, como pensa Stammler (1974), a própria *emanação da vontade vinculatória* de todos os seres humanos na busca inexoravelmente conjunta por suas *aspirações*.

Não basta seguirmos considerando a solidariedade como um princípio a inspirar a elaboração e aplicação das normas jurídicas. Pela índole da

solidariedade ou fraternidade, por sua incontestável condição de *gênese* da sociedade humana, entendemos ser o Direito o veículo *objetivo* da vida em solidariedade, a única vida possível à existência humana, razão por que um *Direito Fraternal* é a forma mais bem acabada das versões conceituais do fenômeno jurídico. A solidariedade não é um princípio inscrito em Constituições para a realização de feitos visando à satisfação de necessidades e à promoção de igualdade entre os indivíduos. A solidariedade é o modo como o Direito contemporâneo se apresenta e deve moldar todo o sistema jurídico.

Não existe um Direito não solidário e um Direito solidário, simplesmente porque, como postulou Stammler (1974), o Direito é fenômeno social, e pensar em social é apontar para a necessária cooperação que torna possível a vida humana. Quando Kant exalta o cosmopolitismo e indica como o mais elevado formato do fenômeno jurídico o *Direito Cosmopolita*, ele está concedendo que o regramento cosmopolita de toda a humanidade é uma projeção racional quantitativa da própria condição humana. O Direito regula as relações de todos os habitantes do universo (*cosmos*) humano, que comungam de um mesmo *locus* existencial e precisam estabelecer *fins comuns* para a realização dos indivíduos, a qual não se dá pela satisfação de necessidades naturais. Ao contrário, os indivíduos integrantes dessa espécie diferenciada na escala evolutiva, a do *homo sapiens*, passam toda a sua existência inquietos diante das determinações naturais, movimentando-se, buscando realizações várias que transcendem a sua *condição animal*. Trata-se de uma necessidade de alimento do *espírito*, o que mantém o ser humano numa esteira eterna de busca pela satisfação de uma carência infinita, aquela que nunca se satisfaz plenamente, pois tão logo se realize uma, postula outra e outra, condição impulsionada pela *liberdade*, inexistente em

qualquer outro âmbito da natureza, cujos fenômenos são essencialmente causais.

Sendo o Direito a forma como a solidariedade se efetiva em normas permanentes e objetivas, não basta considerarmos as referências a uma “sociedade solidária” nas declarações de direitos e Constituições como categorias a inspirar a promoção do bem comum. Adjetivar a sociedade como *solidária* é supor que alguma sociedade humana constituída pudesse ter sido possível sem solidariedade. É tautologia pura mencionar sociedade solidária. Isso se sustenta apenas sob o ponto de vista analítico pontual dos fenômenos porque, a despeito de a solidariedade ser o traço essencial da vida em comunidade, os sistemas jurídicos admitem que indivíduos e Estados do mundo possam tratar seus iguais *em cosmopolitismo* como se fossem elementos que não integram “sua sociedade” específica e dar-se ao luxo de eleger como “a sociedade a qual pertencem”, como se a existência dessa sociedade específica não dependesse da *condição cosmopolita universal* que rege racionalmente todas as coletividades. Como precisamente arremata Diniz (2007, p. 172),

[a] solidariedade, desse modo, exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância. Pressupõe um reconhecimento ético e, portanto, corresponsabilidade. Entretanto, para que não fique estagnada em gestos tópicos ou se esgote em atitudes episódicas, a modernidade política põe a necessidade dialética de um passo maior em direção à justiça social: o compromisso constante com o bem comum e a promoção de causas ou objetivos comuns aos membros de toda a comunidade.

Na contramão dessa evidência, a forma egoísta de pensar a sociedade, desacoplando sociedades “bem-sucedidas”, de bem-estar e prosperidade, de bolsões sociais de miséria e pobreza, fragmenta a realidade gregária humana,

condição universal que torna possível sua própria existência. Sem ela, não seria possível o comércio, a troca entre todos os que vivem no globo terrestre e, entre as várias experiências de troca, fruto da cooperação necessária, poderiam alguns povos proclamar-se superiores por acumularem mais riqueza. Aqui se estabelece, na verdade, uma artificial hierarquia entre os que acumulam mais e menos riqueza, os que detêm melhores e piores condições de vida, dado que a *interdependência* da condição humana se impõe a todos. Nada mais alienado do que um projeto político que crê poder cercar uma nação, blindando-a contra a invasão de pessoas de outras partes do mundo, esquecendo-se de que nenhum país sobrevive sem estar imerso na ordem mundial. Ela possibilita seu sucesso em face dos outros países e da relação com eles estabelecida. O projeto do *American way of life* busca esse aparente conforto, há poucos anos ilustrado pela divisão de concreto que os muros erguidos na fronteira dos EUA com o México denotaram: simbolicamente foi o anúncio ao mundo de que *fraternidade* não era valor nem objetivo da nação mais rica e próspera do planeta.

É totalmente falacioso o conforto para decidir sobre quem *merece* e quem *não* merece integrar a cooperação necessária à sobrevivência de uma comunidade específica, como o é um país. O argumento da autonomia na escolha relacional só se sustenta de maneira pontual, e aqui não é preciso argumentar mais para denunciar quão utilitarista e demagógica têm sido as políticas ditas *nacionalistas* hoje, proclamadas por terem condições propiciadas pela sinergia cosmopolita para satisfazer a suas aspirações – inclusive a de poder eleger quem entra e quem sai dos seus territórios por razões estratégicas (e não de segurança e paz) e que dizem respeito ao seu acúmulo de riqueza e bem-estar populacional.

As divergências quanto à forma de tutela da solidariedade no plano internacional

(cosmopolita deveria ser, na verdade) possibilitam, por outro lado, a significação da solidariedade como princípio jurídico doméstico na forma do denominado *Constitucionalismo Fraternal* ou *Constitucionalismo Altruístico*, uma fase do Constitucionalismo que vem evoluindo historicamente para o ponto em que as Constituições incorporaram às franquias liberais e sociais a dimensão da *fraternidade*, de modo que esse valor se imponha como *vetor jurídico* constitucionalmente reconhecido para guiar a aplicação dos demais direitos e valores constitucionais. Nas palavras de Britto (apud MACHADO, 2010, p. 99-100),

[d]epois que assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração [...]. Averte-se que a integração comunitária é mais do que inclusão social, como lembra o Min. Carlos Ayres Britto. Não se reduz a ações distributivistas, de inclusão social que se situam somente no plano de gastos públicos.

Tomada como categoria constitucional, a solidariedade tem sido referida em julgados para fundamentar a necessária imposição social do ônus de garantir a *qualidade de vida* àqueles que não têm condições de fruir, por seus próprios esforços, bens fundamentais a uma existência considerada digna, circunstância que não se condiciona pelo princípio da *reserva do possível*, sempre invocado no sopesamento sobre a satisfação das necessidades sociais, conjugado com o do *mínimo existencial*. Este último é relevante nas imposições de ônus sobre a garantia de direitos de solidariedade, mas não basta essa garantia no plano da *solidariedade vertical*, a qual consiste na intervenção estatal para socorrer determinadas necessidades de setores menos favorecidos. Há também que se buscar a *solidariedade horizontal*, que implica a “responsabilidade de socorro mútuo

entre os cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo” (MACHADO, 2010, p. 106). Não mais satisfaz à racionalidade contemporânea a noção clássica de que é suficiente a conduta que *não prejudica* a alguém (*neminem laedere*³). Exige-se mais: a prática do bem dirigido a outrem, compreendendo que o bem alheio também é o próprio bem (PIZZOLATO apud MACHADO, 2010, p. 106).

Considerando a imposição da prestação de solidariedade como um dever que recai sobre toda a sociedade, várias decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) têm-se consolidado para impor essa obrigação não apenas ao Estado. Assim ocorreu no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) sobre o uso de transporte público por idosos e por pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes, bem como em julgados sobre o sistema de cotas em universidades. Como exemplos, citamos a ADI 3.768/DF, a ADI 2.649/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF (BRASIL, 2007, 2008, 2012). Os argumentos sobre o caso da gratuidade do transporte consideraram que o ônus decorrente do uso de transporte público gratuito pelos idosos e por pessoas carentes com deficiência deve ser assumido *por toda a sociedade*, visto que se trata de requisito mínimo de mobilidade que favorece a vivência social, concretizando o *bem-estar* e a dignidade dessas pessoas, condições que não se submetem à reserva do possível (BRASIL, 2007, 2008 apud MACHADO, 2010, p. 102).

³ *Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*: viver honestamente, não ofender a ninguém, atribuir a cada um o seu direito, os três princípios fundantes da ideia de justiça romana, que se distingue substancialmente da concepção grega de *justiça*, por postular a atributividade de direitos como exigibilidade imposta pelo Direito por suas normas, ao contrário do dever moral de prática da virtude da justiça, como definida por Simônides (dar a cada um o que é seu). Ver em Salgado (2006 apud BROCHADO, 2021, p. 250-256) as categorias romanas da consciência jurídica em Roma.

No caso das cotas, invoca-se a implementação de *discriminação positiva* para a inclusão de minorias e de determinados segmentos sociais. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes argumenta que as querelas relacionadas às tentativas de solução das questões sobre a liberdade e a igualdade devem ser retomadas por uma nova chave que possa abrir portas para novas soluções, e essa chave é a *fraternidade*. Argumenta que o valor da fraternidade exige que se admitam as diferenças e particularidades humanas em todos os sentidos, como peculiaridades e idiossincrasias, de modo que a concepção de igualdade assuma a *condição de respeito à diferença*, reconhecendo a pluralidade constitutiva da sociedade (BRASIL, 2012 apud MACHADO, 2010, p. 104).

5 Bem-estar e solidariedade: rumo a um Direito Fraterno

A expressão *bem-estar* não tem definição precisa na área jurídica e certamente é um dos conceitos menos viáveis juridicamente, haja vista a dificuldade em dotar de juridicidade o que é tão variável no plano individual e cultural, além de ser oneroso ao Estado, que tem prioridades mais urgentes, como a educação, a saúde e a segurança, aparentemente direitos mais concretos que a ideia de *bem-estar geral da comunidade*. Evidentemente, esses itens são condição para o bem-estar da sociedade, mas pensar em bem-estar como direito efetivo, como satisfação concreta, está longe de figurar entre as prioridades de um Estado real, que lida com déficits econômicos e estruturais, que se ocupa mesmo é de amenizar os impactos da desigualdade universal, e não de promover bem-estar entre indivíduos e povos que vivem e subsistem desde sempre em condições de desigualdade. Este texto não pretende discutir as causas e a perenidade das desigualdades humanas, já que

o recorte aqui proposto tenciona refletir sobre a possibilidade da promoção de bem-estar com base no sistema jurídico de proteção do direito à solidariedade, que deve ser positivado na forma de direito social. Conforme destaca Diniz (2007, p. 174, 178), os direitos de solidariedade não se encontram,

propriamente, no marco teórico específico dos direitos fundamentais de Primeira Dimensão, os da liberdade. Apesar de a solidariedade estar mais frequentemente incluída no quadro conceptual dos direitos de Terceira Dimensão, não se mostra desarrazoado sustentar a tese de que os seus pressupostos fundamentais e exigências de densificação atuam também no âmbito da eficácia dos direitos sociais (de Segunda Dimensão, ou direitos da fraternidade); aqueles cuja moldura jurídico-constitucional surge a partir da segunda metade do Século XIX, tendo sido a sua positivação em algumas Constituições do início do Século XX (México, 1917; Weimar, 1919), uma resposta possível à denominada “questão social”. Ao contrário das liberdades públicas, os direitos sociais, económicos e culturais pressupõem a existência de situações de desigualdade e necessidade entre os seres humanos, e tem por escopo alcançar uma igualdade efetiva através da intervenção do Estado [...], [razão por que] seu fundamento ou justificativa na simples circunstância de que a dimensão existencial do ser humano é acolhida, pelo constituinte, em sua dimensão comunitária real, o que impõe aos poderes públicos a obrigação indeclinável de criar condições sociais de igualdade formal e material, fazendo-o mediante prestações fático-materiais, previstas no ordenamento jurídico, ou pela manutenção e equilíbrio de forças na dinâmica do Mercado e nas relações económicas em geral.

Aqui importa uma referência: o conceito de bem-estar remete ao conceito grego de *eudaimonia* – tal como visto em Aristóteles –, que poderia ser sinteticamente definida como *autorrealização* racional, de modo que nos

parece cabível atrelar a efetivação dos direitos de solidariedade à realização do bem-estar geral, o que, na verdade, pode ser tomado como equivalente à felicidade coletivamente garantida, se se tomar a palavra *felicidade* no sentido aristotélico, e não apenas como satisfação de impulsos meramente sensoriais. Para o filósofo,

a felicidade está atrelada à convivência humana, ao fato do viver junto com os outros em relações de compartilhamento social, uma vez que “não menos estranho seria fazer do homem feliz um solitário, pois ninguém escolheria a posse do mundo inteiro sob a condição de viver só, já que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade” (Aristóteles, 1977, IX, 9, 1169 b 18/20). A *polis* é uma criação da natureza e “o homem é por natureza um animal político (*zoon politikon*)” (ARISTOTE, 1982, liv. I, cap. 2, p. 1253a, l. 2, liv. III, cap. 6, p. 1278b, l. 20, tradução nossa).

Aristóteles é bastante contundente em afirmar que só é possível realizar uma vida perfeita, se isso valer tanto para o indivíduo como para a comunidade. “Vê-se, assim, claramente que a vida mais perfeita deve necessariamente ser a mesma tanto para cada indivíduo em particular como para os Estados e os homens tomados coletivamente” (ARISTOTE, 1982, liv. VII, cap. 3, p. 1325b, l. 30, tradução nossa). “Se é plausível sustentar a tese de que a felicidade do indivíduo e da cidade não se opõem, é porque para ambos a autossuficiência (autarquia de bens e de caráter) é fundamental, tanto para a consecução do fim comunitário, como dos fins individuais” (RAMOS, 2014, p. 69). Importa então firmar a compreensão de que a ideia de bem-estar está atrelada à própria compreensão de sociabilidade, característica fundante da condição humana. Essa ideia ganhou contornos diversos nas formas de narrativas filosóficas e científicas desde sua primeira noção, proposta por Aristóteles, que

expressa já entre os gregos o projeto civilizacional do Ocidente marcado pela convicção da condição de *zoon politikon* dos seres humanos, da qual decorrerão os desdobramentos do *comunitarismo* e da noção de *solidarismo* da economia política.

A concepção de Aristóteles sobre a condição humana como a de *animal político* é a chave hermenêutica que conduz à conclusão de que o bem-estar social é o próprio sentido da vida humana, porque é o propósito da própria constituição inexoravelmente comunitária ou social do ser humano. Definido como animal político, o homem traz em si a carga de sua necessária constituição social, de modo que, para Aristóteles (1977), a vida em comunidade é a própria essência da humanidade. Em sua elaboração *finalística* do mundo, como vimos, todas as coisas são definidas pelo seu fim, e este é que dá sentido a tudo. Segundo sua filosofia eminentemente teleológica, a *autossuficiência* é um bem e um fim humano e, para se realizar,

la ciudad-estado es una cosa natural y que el hombre es por naturaleza un animal político e social; y un hombre que por naturaleza y no meramente por el azar apolítico o insociable, o bien es inferior en la escala de la humanidad o bien está por encima de ella – como aquel a quien increpa Homero, diciendo que es “hombre sin raza, sin ley, sin corazón”, porque es por naturaleza insociable y juntamente amante de la guerra –, en la medida en que se parece a una pieza aislada en el juego de dados. Y la razón por la que el hombre es un animal político en mayor grado que cualquier abeja o cualquier animal gregario es algo evidente. La naturaleza, en efecto, según decimos, no hace nada sin un fin determinado; y el hombre es el único entre los animales que posee el don del lenguaje. [...] el lenguaje tiene el fin de indicar lo provechoso y lo nocivo y, por consiguiente, también lo justo y lo injusto, ya que es particular propiedad del hombre, que lo distingue de los demás animales, el ser el único que tiene la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y de las demás cualidades morales, y es la comunidad y participación en estas cosas lo que hace una familia y una ciudad-estado (ARISTÓTELES, 1977, p. n1253a-1253b).

Uma definição de *bem* que permite definir *bem-estar* é a de Spinoza (apud FERRATER MORA, 2000, p. 285), ao considerar o *bem* algo subjetivo, haja vista que “não nos movemos, queremos, apetecemos ou desejamos algo porque julgamos que é bom, mas julgamos que é bom porque nos movemos na direção desse algo, nós o queremos, apetecemos e desejamos”. Desse modo, a ideia de *bem* pode ser entendida como uma definição incorporada a realidades concretas: “Assim ocorre quando se diz que o bom é o deleitável, ou o conveniente, ou o honesto, ou o correto, ou o útil (para a vida)” (FERRATER MORA, 2000, p. 285).

Em meados do século XX, o tema do bem-estar passou a ser objeto de investigação da Psicologia, que o toma como a *condição* do indivíduo de

possuir uma atitude positiva em relação a si mesmo e aceitar múltiplos aspectos de sua personalidade (autoaceitação); possuir relacionamentos acolhedores, seguros, íntimos e satisfatórios com outras pessoas (relações positivas com outros); ser autodeterminado, independente, avaliar experiências pessoais segundo critérios próprios (autonomia); ter competência em manejar o ambiente para satisfazer necessidades e valores pessoais (domínio sobre o ambiente); ter senso de direção, propósito e objetivos na vida (propósito na vida); perceber um contínuo desenvolvimento pessoal e estar aberto a novas experiências (crescimento pessoal) (MACHADO; BANDEIRA, 2012, p. 589).

Dessas possibilidades da condição de bem-estar, podem-se considerar relevantes juridicamente, visto serem passíveis de tutela jurídica, a garantia à *autodeterminação* dos indivíduos e a garantia de *possibilidades básicas* a serem promovidas pelo Estado a fim de que ele realize propósitos/objetivos para seu crescimento pessoal, superada aqui a visão atomística de *bem-estar*, pois ela só se realiza, como pensado por Aristóteles, pela promoção do senso comunitário de vínculo à comunidade (DINIZ, 2007, p. 172):

Erhard Denninger, em texto polêmico editado no ano de 2000, sustenta a tese segundo a qual a Lei Fundamental alemã de 1949, antes baseada nos valores da Ilustração Europeia – liberdade, igualdade e fraternidade – herdados da Revolução Francesa, estaria sofrendo algumas mutações em virtude de novos paradigmas constitucionais, baseados nos ideais de segurança, diversidade e solidariedade. Esta nova configuração constitucional modifica, expandindo, os conceitos tradicionais: a fraternidade cederia lugar à solidariedade, a igualdade à diversidade e a liberdade a segurança. Numa sociedade moderna, “sociedade de risco”, tais mudanças refletem transformações sociais que trariam à arena político-constitucional o debate acerca da presença destes novos valores. [...] não se pode desconhecer que o desenvolvimento histórico do Estado Social reconhece, portanto, a responsabilidade coletiva (= solidariedade) em relação ao bem-estar das pessoas, capacitadas ou incapacitadas, considerando que ninguém é completamente autossuficiente. Sente-se a necessidade de subministrar um nível razoável de segurança para que as pessoas possam sentir-se apoiadas, não totalmente entregues à lógica do individualismo e da competitividade e aos riscos do mercado (DINIZ, 2007, p. 179).

Neste ponto há que se compreender o contexto da Declaração de Direitos da ONU, idealizada após a experiência traumática das duas grandes guerras do século passado, e a preocupação da ONU em dispor, no documento mais expressivo na proteção internacional dos direitos humanos, elementos de Filosofia Moral, o que ficou marcado pela presença de Jacques Maritain na condução dos trabalhos que precederam a Declaração de 1948 e deram-lhe fundamento e feição (BROCHADO, 2021, p. 239). A ausência de força vinculante juridicamente, inspirada pela leitura maritainiana de direitos humanos, acabou por tornar a declaração

um documento simbólico com forte apelo moral, carente de “juridificação” satisfatória, como denunciou Habermas (1999). A Declaração cumpre mais a função de orientadores axiológicos *morais* para a avaliação de objetivos políticos, do que de regramento com força jurídica típica, o que muda substancialmente se os direitos humanos

não entrarem no jogo apenas como orientação moral da própria ação política, mas também como direitos que precisam ser implementados em sentido jurídico. Pois os direitos humanos apresentam, a despeito de seu conteúdo puramente moral, características estruturais de direitos subjetivos que são dependentes originariamente da obtenção de validade positiva em uma ordem coercitiva. Só quando os direitos humanos encontrarem seu “lugar” em uma ordem jurídica democrática *mundial* de modo análogo ao que se sucedeu com os direitos fundamentais em nossas constituições nacionais, poderemos partir, no nível global, da [ideia] de que os destinatários desses direitos podem compreender-se, ao mesmo tempo, como seus autores (HABERMAS, 1999, p. 85-86, grifo nosso).

A visão habermasiana confirma a tese de que a ordem moral não propicia à sociedade o suporte necessário ao desenvolvimento ético em seus níveis mais elevados. Os valores atualmente considerados essenciais ao homem devem constituir-se sob a forma jurídica: como direitos (humanos), não podem estar à mercê de posturas estritamente morais.

Independentemente da baixa força normativa da previsão da fraternidade no âmbito internacional – o que, concordando com Diniz (2007), exige positividade doméstica na forma de direito social –, registramos que a Declaração (NAÇÕES UNIDAS, [1948]) proclama em seu primeiro artigo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. São “dotados de razão e de consciência” e “devem agir uns para com os outros *em espírito de fraternidade*” (NAÇÕES UNIDAS, [1948], grifo nosso). No art. 29 encontra-se outra previsão exortatória do direito de solidariedade, relacionando o exercício de direitos a obrigações com o bem-estar comunitário, ao dispor que todo ser humano tem *deveres para com a comunidade*, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível – estando, no entanto, limitado em suas ações pela lei, com o propósito de assegurar os direitos e liberdades de todos, além do bem-estar de uma sociedade democrática⁴.

No art. 25 considera-se o bem-estar como direito igualmente assegurado pelo Estado, que permita aos indivíduos e aos seus familiares

⁴“Artigo 29º 1. O indivíduo *tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade*. 2. *No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*” (NAÇÕES UNIDAS, [1948], grifos nossos).

um padrão de vida de saúde e bem-estar, aqui incluídos alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, além do direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (NAÇÕES UNIDAS, [1948]). Observe-se que o conceito de *bem-estar* envolve a segurança em casos de vulnerabilidade e dificuldade de prover a própria subsistência, base da própria assistência social (referência evidente à solidariedade como direito a ser preservado constitucionalmente, conforme ocorre na CRFB).

Por fim, não é demais registrar que no art. 27 também há previsão relativa ao bem-estar, a ser garantido de maneira solidária: “toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam” (NAÇÕES UNIDAS, [1948], grifo nosso). Evidentemente, os benefícios da ciência promovem bem-estar social, razão mesma e sentido da própria atividade científica – a inovação para o progresso das sociedades e a realização do bem-estar de seus membros.

6 *Nudge* e bem-estar social: direitos de solidariedade promovidos pelo Estado

O conceito de *nudging* ou de “arquitetura da escolha” foi inicialmente concebido por um economista e um especialista em Direito Constitucional e Administração Pública, os professores americanos Richard Thaler e Cass Sunstein – este último, inclusive, esteve na gestão Obama (2009 e 2012). A expressão vem de *nudge*, que se traduz por “cutucada”, mas que nesse contexto é empregada com o intuito de significar um “empurrão” no sentido de *maximizar*

o *bem-estar* dos indivíduos com *estratégias de facilitação* da vida, calculadas em custo e benefício de articulação e execução, de modo a se apresentar como uma autêntica *economia da felicidade*, na medida em que ajuda as pessoas menos conscientes a tomarem decisões com o mínimo de prejuízo possível aos demais, regra de ouro de um *paternalismo* (estatal) *assimétrico libertário*: maior probabilidade de ajudar e menor chance de prejudicar (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 87). Conforme definem,

[u]m empurrão é qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir nenhuma opção ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para contar como mero empurrão, a intervenção deve ser fácil e barata de ser evitada. Os empurrões não são mandamentos. Colocar frutas no nível dos olhos conta como um empurrão. Proibir a comida embalada em plástico não (THALER; SUNSTEIN apud HANSEN, 2016, p. 159, tradução nossa).⁵

Num mundo esgotado em recursos ambientais, desgovernado quanto à coerência entre estilos de vida de povos eurocêntricos e periféricos e desequilibrado quanto ao acesso a bens materiais e culturais de toda ordem, é bastante emblemático que os norte-americanos se dediquem a pesquisas diversas para investir numa arquitetura que estimule as pessoas a fazerem as melhores escolhas para viverem melhor, desde o uso de sanitários públicos até a aquisição de eletrodomésticos e a realização de exames médicos. Unindo os fundamentos do behaviorismo ao *design* centrado nas demandas do usuário (e

⁵No original: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not”.

não na comodidade do fabricante e do mercado), a arquitetura *nudging* ou de *escolhas conduzidas* passa a ser uma inovadora referência na elaboração de políticas públicas nos EUA e na Inglaterra, objetivando criar condições que facilitem as *tomadas de decisão* dos cidadãos em relação a questões como saúde, lazer e consumo.

Obviamente, essas intervenções impactam o uso racional dos bens, a disposição equilibrada da riqueza e o alcance mais acertado de satisfação, razões que por si só já denotam a índole solidária dessa proposta nova de empurrão para a melhor escolha possível entre tantas, o que significa otimização na fruição dos bens e possibilidade de compartilhamento de projetos exitosos que se destinam a tornar a vida humana mais satisfatória de maneira mais econômica. Uma vez que as *escolhas acertadas* economizam recursos e fazem as pessoas mais felizes, esse tipo de intervenção propicia a *cooperação social* não só pela autossatisfação de propósitos particulares como também pela sensação de dever cumprido (*eudaimonia*) quanto ao compartilhamento racional de bens que poderiam ser mal utilizados ou descartados sem serem utilizados por outrem.

Beck (2011) adverte que, na transição das sociedades *de classe* para as sociedades *de risco* em que vivemos – marcada pela constante produção de ameaça à vida natural, como as frequentes catástrofes ambientais causadas por novas formas de vida –, a solidariedade quanto à *carência* de bens transmuta-se em solidariedade *do medo*, em face da superprodução de bens e de riscos iminentes na sua fruição, causando desastres de toda ordem à vida natural. Segundo o autor,

[e]m sua dinâmica evolutiva, as sociedades de classes continuam referidas ao ideal da igualdade (em suas várias formulações, da “igualdade de oportunidade” até as variantes de modelos socialistas de sociedade). Não é o caso da sociedade de risco. Seu contraprojeto normativo, que lhe serve de base e de impulso, é a segurança [e] nesse caso, já não se trata de alcançar efetivamente algo “bom”, mas tão somente de evitar o pior. O sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem compartilhar do bolo, a meta da sociedade de risco é: todos devem ser poupados do veneno [...]. A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! [...]. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política. Até onde chega a tenacidade das solidariedades do medo? Que motivações e forças de ação são liberadas? Como se comporta essa nova comunidade solidária dos medrosos? A força social do medo detona de fato o cálculo de utilidade individual? Em que medida estão abertas ao compromisso as amedrontadoras solidariedades surgidas da ameaça? Sob quais formas de atuação elas se organizam? (BECK, 2011, p. 59-60).

Muito relevante é uma questão suscitada por Thaler e Sunstein (2019) a propósito das feições que deve assumir o *compartilhamento solidário* das medidas que estão na agenda dos arquitetos governamentais: a arquitetura do bem-estar na forma de políticas de estímulo é mesmo um projeto de bem-estar social? Ou nada mais que fruto da solidariedade da sociedade de risco, onde o medo impõe o direcionamento comportamental por interesses diversos dos atores envolvidos nos processos políticos, *prima facie*, de impacto econômico que apraz a muitos deles, não tendo propriamente por fim promover bem-estar coletivo algum? Dito de outra forma, nos termos postos por Beck (2011, p. 60): “Em que medida estão abertas ao compromisso as amedrontadoras solidariedades surgidas da ameaça?” Que compromissos seriam esses, se “solidarizar-se em medo” é sempre risco iminente de práticas utilitaristas quanto aos indivíduos que possam servir a aplacar o medo? Ou seja: quanto os usuários da arquitetura de bem-estar são marionetes do jogo do medo e seu pendor pela busca de zonas de conforto?

Eis por quê os *nudges*, empurrões decisoriais, seriam característicos do que Thaler e Sunstein (2019) consideram “paternalismo libertário”, na medida em que há “empurrões”, estímulos de direcionamento das decisões dos cidadãos, dos usuários de serviço público (o que também pode ocorrer na iniciativa privada, obviamente), mas sem nenhuma coação que os obrigue a determinada escolha. Quando o Estado atua segundo esses estímulos, trata-se de uma política paternalista apenas no sentido de selecionar formas de influenciar as escolhas das partes afetadas para trazer melhores condições de escolha da forma mais objetiva possível – como o estímulo de usar o sistema de metrô em vez de carros de passeio para evitar congestionamento em dias estratégicos. Segundo Thaler e Sunstein (2019), muitos economistas acreditam que o

termo *paternalismo* é depreciativo por pensarem que há nesses projetos de Estado algum tipo de coerção (o que não é o caso), razão por que preferem adotar a expressão *paternalismo libertário* para explicitar a atuação em prol do bem-estar, e não em função de direcionamento comportamental instrumental. Assim, nas palavras de Hansen (2016, p. 158-159, tradução nossa),

[a]s políticas podem ser selecionadas com o objetivo de influenciar as escolhas das partes afetadas de uma forma que as torne melhores, não havendo coerção envolvida. Eles se referem a este tipo de paternalismo como paternalismo libertário e finalmente o definem como “... uma abordagem que preserva a liberdade de escolha, mas autoriza tanto as instituições públicas quanto privadas a promoverem o bem-estar das pessoas.” [...] De acordo com Thaler e Sunstein, no aspecto paternalista, “é legítimo que arquitetos escolhidos tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar suas vidas mais longas, mais saudáveis e melhores.” Daí que eles defendem um esforço autoconsciente por parte das instituições “para orientar as escolhas das pessoas no sentido de melhorarem suas vidas.” [...] O paternalismo libertário é uma abordagem que autoriza tanto as instituições públicas quanto privadas a orientar as pessoas em direções que promovam seu bem-estar; um empurrão altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível. O paternalismo libertário é uma abordagem que preserva a liberdade de escolha; um empurrão funciona sem proibir nenhuma opção ou alterar significativamente os incentivos econômicos.⁶

⁶No original: “Policies may be selected with the goal of influencing the choices of affected parties in a way that will make those parties better off, but where there is no coercion involved. They refer to this kind of paternalism as libertarian paternalism and ultimately define it as ‘... an approach that preserves freedom of choice but authorizes both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare.’ [...] According to Thaler and Sunstein the *paternalistic* aspect lies in the claim that ‘it is legitimate for choice architects to try to influence people’s behaviour in order to make their lives longer, healthier and better.’ Hence they argue for a self-conscious effort by institutions

Está sendo pavimentado em diversos países o caminho para se arquitetarem “empurrões” para o bem-estar. Com base na concepção de natureza humana proposta pela Economia na forma do *homo economicus* e nas descobertas das ciências comportamentais (Psicologia, Etnologia, Neurociência etc.) sobre o efeito que o *ambiente* exerce nas preferências e tomadas de decisões humanas, é possível construir contextos que influenciem as decisões das pessoas de modo a dar-lhes o melhor arsenal decisional, conveniente aos seus anseios e interesses. Aqui surge a possibilidade de constituir políticas públicas que visem a influenciar o julgamento, a escolha ou o comportamento das pessoas de forma *previsível*, o que se torna quesível diante de limites cognitivos, vieses, rotinas e hábitos que impõem barreiras para que as pessoas ajam racionalmente em seu próprio interesse com *funcionalidade ótima* e com margem de cálculo e otimização de satisfação em *alto grau*.

O passo seguinte é *expandir* essa forma de conceber a vida em sociedade por todo o globo terrestre, não apenas como um *gesto de alteridade*, mas como *direito fraterno* a ser fruído por todos os seres humanos na forma de uma vida humana *cosmopolita* que ultrapasse barreiras e princípios rígidos de soberania estatal.

Simondon (2007) vê na própria atuação do homem sobre o mundo para moldá-lo às suas necessidades por meio das diversas intervenções técnicas uma forma de exercício de solidariedade sem a qual não seria possível constituirmos nossa segunda natureza (Aristóteles), a cultura, o mundo que habitamos por criativa espontaneidade.

Simondon entende que a projeção técnica dos instrumentos, artefatos e máquinas diversas para a sobrevivência humana desde sempre trazem em si o suposto da *solidariedade*, fundamental para o exercício da *tecnicidade* nas sociedades humanas. Em outros termos, a necessidade/capacidade que os humanos têm de submeter a natureza a uma série de intervenções para garantir seu bem-estar implica a atuação solidária entre os humanos nessa construção contínua e crescente, desde o advento da agricultura até a era tecnológica, na qual o bem-estar passa pela necessidade de artefatos técnicos como jamais experimentamos na história da experiência técnica da espécie humana. Segundo Simondon (2007, p. 237-238),

no es sólo una solidaridad un poco abstracta de los oficios tal como es evocada por Sully Prudhomme (la solidaridad de los especialistas, el albañil, el panadero), sino una solidaridad extremadamente concreta y actual, existente instante a instante por el juego de condicionamientos múltiples; a través de las redes técnicas, el mundo humano adquiere un alto grado de resonancia interna. Las potencias, las fuerzas, los potenciales que impulsan la acción existen en el mundo técnico reticular del mismo modo en que podían existir en el universo mágico primitivo: la tecnicidad forma parte del mundo, no es sólo un conjunto de medios, sino también un conjunto de condicionamientos de la acción y de incitaciones a actuar; la herramienta o el instrumento no tienen poder normativo porque están a disposición del individuo de manera permanente; cuanto más grande sea la resonancia interna de la actividad humana a través de las realidades técnicas, más poder normativo adoptarán las redes técnicas.

Num mundo altamente *tecnicizado*, no qual a satisfação dos indivíduos exige cada vez mais arquiteturas *maquímicas* que condicionam o nosso bem-estar e o nosso conforto cotidiano, dependentes que nos tornamos do progresso

‘to steer people’s choices in directions that will improve their lives.’ [...] Libertarian paternalism is an approach that authorises both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare; a nudge alters people’s behaviour in a predictable way. Libertarian paternalism is an approach that preserves freedom of choice; a nudge works without forbidding any options or significantly changing economic incentives”.

constante e crescente do *design* técnico nos seus diversos matizes, importa discutir essa nova forma de direitos dimensionados segundo o compartilhamento fraterno de bens numa *civilização da técnica*, a qual exige em larga escala arquiteturas do bem-estar para racionalizar escolhas de modo que o custo-benefício seja o mais otimizado possível (afinal, artefatos técnicos sofisticados não estão ao alcance de todos). Se essa metodologia *nudging* for um princípio direcionado à *mitigação das desigualdades* mundiais, teremos um Direito Fraterno pautado pela cooperação dos instrumentos para as tomadas de decisão dos governos em prol do melhor aproveitamento da riqueza mundial para a redução da miséria como o ponto de chegada do Direito Fraterno em escala cosmopolita. Se há uma forma de tratar a realização humana como *felicidade*, o compartilhamento mundial de *arquiteturas de bem-estar* é a mais evoluída possível, pois une política pública e ordem internacional em torno do direito à felicidade como *compartilhamento racionalizado* dos bens por países carentes com base no que já se conquistou nos países que são referência em progresso e bem-estar de sua população.

Uma crítica dirigida a essa atuação sobre a *vida em bem-estar* é a de que se trata de um retrocesso nas conquistas da autonomia dos sujeitos desde as revoluções burguesas, pois tais intervenções acabam por guiar e condicionar as escolhas mais elementares e essenciais para a nossa vida. Para rebater essa crítica, que considera a arquitetura do bem-estar uma espécie de paternalismo racionalizado, emerge o *paternalismo libertário*, que põe à mostra a impossibilidade de escolhas pautadas sem algum condicionamento ou arquitetura de caminhos para a tomada de decisão. Toda decisão humana é condicionada pela *forma como ela se apresenta*, razão pela qual as empresas já se valem de empurrões (*nudges*) para exaltar

a qualidade de seus produtos com o objetivo de convencer os consumidores a adquiri-los (inclusive o instituto do *dolus bonus* é desde sempre admitido no Direito, não sendo considerado vício de consentimento hábil a anular um ato jurídico).

Cabe ao Estado apropriar-se dessa “técnica de bem-estar” e ampliá-la em termos globais. A vantagem do emprego dos “*insights* comportamentais” é que, se forem bem conduzidos pelo Estado, na forma de políticas públicas, podem ser a todos franqueados, criando uma rede de igualdade entre pessoas que consomem padrões satisfatórios de bens e serviços e as que não têm acesso a eles – *equilíbrio* (razoabilidade) conduzido por instrumentos motivacionais articulados pelo próprio Poder Público. Tais intervenções são mais eficientes e baratas e menos invasivas que as tradicionais regulações baseadas em obrigações e proibições. Nesse sentido, Thaler e Sunstein (2019) propõem que o próprio Poder Público atue em prol da transparência como forma de *nudge* para os cidadãos assumirem pertença mais efetiva e ativa junto aos rumos do Estado. Segundo aventam, os próprios agentes governamentais devem ser mais transparentes quanto aos *elementos definidores* das suas decisões, tomadas em nome de um suposto bem-estar da coletividade.

A questão é saber até que ponto as decisões decorrem exatamente da arquitetura em prol do bem-estar coletivo. Os *arquitetos de escolhas* que atuam para estimular as decisões dos cidadãos (ou até mesmo para conduzir diretamente suas vidas, sem deixar-lhes opções) têm a obrigação de esclarecer a população sobre o que a leva à tomada de decisões condicionadas por questões que estão além do bem-estar dos usuários de serviços públicos (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 245). Deveriam ser adotadas algumas medidas de transparência sobre essas dinâmicas de bastidores – via de regra

ocultadas da população –, como a imposição de que aqueles que decidirão os rumos da política energética de um país “revelem que consultorias maximizadoras de lucros foram convidadas a emprestar uma ajuda invisível no processo de elaboração das leis”, ou a determinação de que os que definirão as políticas de educação revelem “que grupos de interesse e que sindicatos fizeram contribuição para sua última campanha”, ou as próprias agências governamentais que deveriam expor “sua parcela de responsabilidade na poluição atmosférica e da água, assim como suas emissões de gases de efeito estufa” (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 247). Como argumentam Thaler e Sunstein (2019, p. 247),

[o] ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos Louis Brandeis declarou que “a luz do sol é o melhor dos desinfetantes”. Os governos democráticos, e não só os autoritários, poderiam usar um pouco mais essa luz solar. Ao chamar a atenção para os efeitos da concepção de um plano sobre as decisões que as pessoas tomam, desejamos encorajar os responsáveis por esses planos a se informarem melhor. E, ao defender a existência de um controle libertário dos planos ruins, esperamos criar boas medidas de segurança contra planos mal concebidos ou mal-intencionados. Tendo em vista que o interesse de cada indivíduo pode funcionar como um controle salutar das decisões dos planejadores, podemos concluir que a liberdade de escolha é uma importante ferramenta corretiva.

Especificamente no Direito, outra forma de *nudge* é o manejo de *sanções premiaias*, que devem ser ampliadas para todos os ramos da dogmática jurídica, a fim de proporcionar contornos mais humanizados à responsabilização nas diversas relações jurídicas, para além do nicho limitado em que hoje incidem, como os descontos em pagamentos antecipados de tributos ou a diminuição de pena por delações premiadas em práticas delituosas de organizações criminosas.

Também são exemplos de políticas públicas de *insights* comportamentais e arquitetura do bem-estar o *Behavioural Insights Team*, no Reino Unido, e o *Behavioural Economics Team*, na Austrália; o mapa da OCDE sobre os *nudges* para a redução da obesidade, para a diminuição da sonegação fiscal e a adesão a programas de previdência, para políticas de realocação de desempregados, para políticas de desburocratização de serviços ao cidadão, para a adesão a programas de adoção e para a doação de órgãos. No Brasil, exemplos de *nudges* são os projetos implementados no Rio de Janeiro para a antecipação de matrículas dos alunos da rede pública de ensino, para o estímulo à atividade física entre os idosos, para reduzir o índice de desistência no tratamento de tuberculose. Neste último caso, resultado de uma parceria com o Banco Mundial, o projeto adota duas abordagens: por *call center* e por distribuição de uma caderneta motivadora para a manutenção do tratamento, que é muito difícil (MOULIN apud LIMA, 2017). Se essas políticas forem implementadas com transparência para o cidadão, as “arquiteturas de escolhas” pelo Poder Público podem ser uma forma barata e eficaz de promover comportamentos socialmente desejáveis e apontar possíveis arranjos para o exercício da felicidade como um direito ao bem-estar compartilhado como alteridade refinada promovida pelo Direito contemporâneo.

Por razões que podem ser fundadas no diálogo entre Ética, Filosofia do Direito e a chamada *Economia da Felicidade*, acreditamos ser possível contornar melhor o conceito de Direito Fraterno, com base em reflexões que retomem a noção clássica de *eudaimonia* desde a Grécia – registrada na obra de Aristóteles em sua compreensão de economia (*oikia+nomos*) – até as discussões mais atuais sobre a positivação da *felicidade* como um direito, conforme tem sido aventado por meio de emenda à Constituição brasileira

(PEC nº 19/2010 – “PEC da Felicidade”), para compor o rol essencial do *Estado de bem-estar social* disposto no art. 6º da CRFB e em seu título oitavo sobre a Ordem Social (BRASIL, [2022]). Vale dizer: felicidade *juridicamente* pode ser definida em termos de realização do bem-estar pensado como arquitetura estatal de estímulo às melhores decisões, o que pode ser uma das nuances da base de um Direito Fraternal na atualidade.

7 Conclusão

Em que pese estar sendo considerada pelo Judiciário brasileiro uma categoria constitucional, podemos concluir que a noção de fraternidade é a essência do próprio Direito, que está atrelada à realização da igualdade substancial, a “igualitarização” efetiva dos que se encontram em desvantagem social. A ideia de solidariedade/fraternidade é uma espécie de amplificador das possibilidades de efetivação máxima da igualdade, um estímulo para que se busque mitigar desigualdades com a repartição dos ônus implicados na tarefa universalmente imposta às sociedades humanas de, guiadas pela solidariedade, impor a todos os seus membros o *dever de cooperação*, aqui implicando iniciativa pública e privada, Estado e cidadão, indivíduos e empresas, estrangeiros e nacionais.

Admitindo-se que a compreensão jurídica atual mais elaborada de solidariedade/fraternidade é a que a define como valor previsto constitucionalmente e, portanto, como categoria vinculante de toda a sociedade, devemos considerar que institutos previstos na Constituição, a exemplo da seguridade social, devam ser pensados segundo essa nova “chave” de compreensão, como defende Gilmar Mendes, e que nos serve para retomar as reflexões sobre a *igualdade substancial* a ser promovida por institutos jurídicos que, ao termo e ao cabo, visam a promover *in concreto* o princípio da solidariedade constitucionalmente reconhecido.

Destaque-se, à guisa de conclusão, que a assistência social ainda é tomada pelo senso comum como uma espécie de filantropia social, um *favor* prestado espontânea e livremente pela sociedade àqueles que não satisfazem mais à exigência de cooperar com as engrenagens imediatas e visíveis de funcionamento do mercado em prol do todo social. Contudo, o cosmopolitismo não é um gesto de *generosidade gratuita*, um altruísmo totalmente espontâneo, mas sim uma condição imposta à existência humana em si mesma na sua forma de constituição gregária (*zoon politikon*), de modo que a convivência só é possível segundo uma forma da qual se reveste a vontade humana – a *vontade vinculatória* dos indivíduos, como a entende Stammler (1974), o elo para a satisfação conjunta das *aspirações* de todo o grupo humano.

Não é possível imaginar uma sociedade saudável se esse princípio universal de cooperação não for a aspiração maior que realiza e dá sentido a todas as possíveis aspirações individuais concretas. Reflexões jurídico-filosóficas nesse sentido são uma exigência racional para pensarmos problemas concretos, considerando que o princípio da *cooperação* é a essência mesma da solidariedade social, que não descerá do seu patamar de princípio, de ideia racional para tornar-se realidade efetiva sem o esforço doutrinário para municiar de *juridicidade* valores que devem ser positivados nas legislações.

Não podemos sucumbir aos interesses corporativos específicos, aos interesses dos indivíduos e de empresas tomados isoladamente e abandonar a ideia reitora que nos traz a certeza de que a existência humana como um todo só é possível segundo esse princípio universal de solidariedade, que se perfaz como cooperação e visa à realização dos fins por todos almejados, pelas aspirações em diálogo. Se abdicarmos desse princípio, estaremos cedendo à barbárie e à bestialização das sociedades como meros aglomerados de seres humanos prestes a se consumirem no paroxismo da existência individual independente do meio em que necessariamente se situa.

Sobre a autora

Mariah Brochado é doutora, mestra e especialista em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutora em Filosofia pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha; professora titular de Filosofia da Tecnologia e do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora visitante do Leibniz Institut für Medienforschung/Hans-Bredow-Institut-Universität Hamburg, Hamburgo, Alemanha, com bolsa da Capes-PrInt. E-mail: mbrochado@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BROCHADO, Mariah. Direito fraterno entre cosmopolitismo e arquitetura do bem-estar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 115-140, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p115

(APA)

Brochado, M. (2023). Direito fraterno entre cosmopolitismo e arquitetura do bem-estar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 115-140. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p115

Referências

ARISTOTE. *La politique*. Traduction avec introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: J. Vrin, 1982. (Bibliothèque des Textes Philosophiques).

ARISTÓTELES. Política. In: _____. *Obras*. Traducción del griego, estudio preliminar, preámbulo y notas por Francisco de P. Samaranch. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1977. (Colección Grandes Culturas).

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Livraria Martins Ed., 1952. (Biblioteca do Pensamento Vivo, 20).

BOBBIO, Norberto. *Il terzo assente: saggi e discorsi sulla pace e la guerra*. A cura de Pietro Polito. Milano: Sonda, 1989. (Saggi).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência [...]. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 5 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei n. 10.741, de 1^o de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e [semiurbanos] aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional [...]. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – ANTU. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessada: Associação dos Usuários de Transportes Coletivos de Âmbito Nacional – AUTCAN. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 5 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior [...]. Requerente: Democratas – DEM. Interessados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe/UnB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 5 set. 2022.

BROCHADO, Mariah. *Ética e direito: pelas trilhas de Padre Vaz*. Curitiba: CRV, 2021.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 26, p. 171-184, jan./jun. 2007. Edição comemorativa dos 30 anos do Mestrado em Direito da UFC. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117>. Acesso em: 5 set. 2022.

FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Maria Stela Gonçalves et al. São Paulo: Loyola, 2000. t. 1.

GIDE, Charles; RIST, Charles. *Histoire des doctrines économiques: depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*. 4e éd. revue et corrigée. Paris: Sirey, 1922.

HABERMAS, Jürgen. Bestialidade e humanidade. Uma guerra no limite entre direito e moral. Tradução de Luiz Repa. *Cadernos de Filosofia Alemã*, [São Paulo], n. 5, p. 77-87, 1999. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i5p77-87>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64758>. Acesso em: 5 set. 2022.

HANSEN, Pelle Guldborg. The definition of nudge and libertarian paternalism: does the hand fit the glove? *European Journal of Risk Regulation*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 155-174, Mar. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1867299X00005468>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/definition-of-nudge-and-libertarian-paternalism-does-the-hand-fit-the-glove/16D7A1CBCE9928E3E9ED713BF48C315C>. Acesso em: 5 set. 2022.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994. (Clásicos del Pensamiento, 59).

LIMA, Luís. O que o Nobel de Economia ensina à prefeitura do Rio de Janeiro. Entrevistado: Richard Thaler. *Época*, [s. l.], 9 out. 2017. Economia. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/10/o-que-o-nobel-de-economia-ensina-prefeitura-do-rio-de-janeiro.html>. Acesso em: 5 set. 2022.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (coord.). *Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do século XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 83-110.

MACHADO, Wagner de Lara; BANDEIRA, Denise Ruschel. Bem-estar psicológico: definição, avaliação e principais correlatos. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 29, n. 4, p. 587-595, out./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2012000400013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/J448bhT3RqFYwBDMgMqDPqg/?lang=pt>. Acesso em: 5 set. 2022.

MONTENEGRO, Maria Aparecida de Paiva. *Eros e philia* na filosofia platônica. *Revista Archai*, [s. l.], n. 13, p. 121-129, jul./dez. 2014. DOI: http://dx.doi.org/10.14195/1984-249X_13_13. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/archai/article/view/8492>. Acesso em: 5 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n., 1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 5 set. 2022.

RAMOS, Cesar Augusto. Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 55, n. 129, p. 61-77, jan./jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2014000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/XjTrB66wvsrMgSD8RN4kXVD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 5 set. 2022.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIMONDON, Gilbert. *El modo de existencia de los objetos técnicos*. Traducción de Margarita Martínez y Pablo Rodríguez. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Traducción de Wenceslao Roces. México, DF: Edinal Impresora, 1974.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. São Paulo: Objetiva, 2019.

Responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais

Uma proposta para o Brasil

CARLA FRADE DE PAULA CASTRO

Resumo: Este trabalho sugere o modelo de responsabilidade civil que o Brasil deve adotar para provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais. Com base nas experiências legislativas dos EUA (*notice and takedown*), da União Europeia (*notice and stay down*) e do Canadá (*notice and notice*), concluímos que aos provedores se deve impor a obrigação de dar tratamento às notificações das vítimas, da seguinte forma: (i) instituir mecanismo para receber notificações de violações a direitos autorais, em que os conteúdos só são removidos depois de ouvido o usuário, ou à sua revelia; (ii) garantir a titulares com maior potencial de prejuízo a remoção imediata dos conteúdos questionados e o bloqueio de novos uploads idênticos no período de 24 horas; e (iii) informar ao notificante os dados do usuário acusado. Embora imperfeita, entendemos que essa proposta é a que melhor conjuga os interesses de titulares, usuários, provedores e sociedade.

Palavras-chave: violações autorais; responsabilidade civil indireta; provedores de aplicações de internet; Direito estrangeiro.

Civil intermediary liability of internet service providers for copyright infringement: a proposal for Brazil

Abstract: This work suggests which civil intermediary liability model Brazil should adopt with regard to third party copyright infringement. Based on the legislative experiences of the USA (*notice and takedown*), the European Union (*notice and stay down*) and Canada (*notice and notice*), we conclude that internet service providers must be imposed the obligation to handle the victims' notifications, by means of (i) establishing a mechanism to receive notifications of copyright infringement, through

Recebido em 22/8/22

Aprovado em 17/1/23

which contents can only be removed after hearing the user, or if he/she is absent; (ii) assuring that rightsholders with greater potential for harm can immediately remove the infringing content and block new identical uploads for a period of 24 hours; and (iii) share with the notifying party the user's data. Although imperfect, we believe that this proposal is the one that best combines the interests of owners, users, providers and society.

Keywords: copyright infringement; intermediary liability; internet service providers; foreign Law.

1 Introdução

Responsável por revolucionar a forma como nos comunicamos e nos informamos, fazemos negócios e nos entretemos, a internet trouxe também enormes desafios para os titulares de direitos autorais, que nela encontraram um ambiente de fácil violação¹ e de difícil controle (LIMA, 2019, p. 8), levando a uma verdadeira crise de eficácia nesse âmbito jurídico (COSTA NETTO, 2019a, p. 53; MAGRANI, 2019, p. 147; SANTOS, 2014, p. 284).

Diante do imbróglio, as atenções têm-se voltado para os provedores de aplicações de internet, como blogs, redes sociais e plataformas de compartilhamento de vídeos. Se operam (e lucram) com materiais enviados por seus usuários, poderiam esses sites ser chamados a responder pelos danos causados por violações autorais que tais conteúdos veiculem, dado que fornecem os meios para que elas ocorram? Cada país tem uma forma própria de abordar a questão, e no Brasil ainda não há resposta definitiva para ela.

O objetivo deste artigo é propor a disciplina jurídica doméstica do tema. Para isso, teremos como ponto de partida uma amostra de países, que aqui tomamos como hipóteses². Em primeiro lugar, os EUA, por seu pioneirismo na regulamentação do tema e pela enorme influência sobre as demais legislações. Em segundo, a União Europeia, por ter experimentado recente (e criticada) mudança legislativa em seu modelo de responsabilidade, cuja implementação em nível nacional ainda está

¹ No YouTube, plataforma de hospedagem de vídeos com cerca de dois bilhões de usuários mensais, a ferramenta *Content ID* já detectou mais de 800 milhões de vídeos possivelmente infratores de direitos autorais (YOUTUBE..., [201-]).

² Isso não significa, porém, que o trabalho ficará necessariamente restrito a esses modelos – pelo contrário, é possível propor uma regulação totalmente nova, ou mesmo a adaptação ou a fusão de modelos já existentes.

em debate. Por fim, o Canadá, por seu modelo de regulação inovador, frequentemente considerado o melhor disponível. Em comum, esses países concentram grande parte da indústria de entretenimento, cujos titulares são extremamente ciosos de seus direitos autorais e das empresas de tecnologia que atuam como provedores de aplicações.

O trabalho divide-se em três seções, afora a introdução e a conclusão. Na primeira delas, apresentam-se os conceitos utilizados no trabalho, referentes às disciplinas dos Direitos Autorais e da Responsabilidade Civil, e como cada uma se relaciona ao ambiente digital. Na sequência, analisaremos em detalhes a experiência estrangeira. Essas duas seções resultam exclusivamente de pesquisa bibliográfica documental realizada em fontes diretas (leis, projetos de lei, tratados) e indiretas (artigos, livros etc.), obtidas predominantemente da internet. Em particular, os materiais legislativos estrangeiros serão tratados por meio do estudo do Direito estrangeiro.

Com base nos dados colhidos nas seções anteriores, a terceira seção abordará o modelo de regulação que entendemos mais pertinente à realidade brasileira, numa análise em três passos. Primeiramente, avaliaremos a obrigação originária a ser imposta aos provedores de aplicações de internet. Na sequência, identificaremos os interesses de titulares, usuários, provedores e sociedade. Por fim, elaboraremos um modelo de responsabilidade civil que melhor os conjugue.

A relevância da pesquisa deriva de dois aspectos. O primeiro é a sua relativa novidade, já que há pouca discussão nacional sobre o tema – identificamos a respeito dele apenas um trabalho de conclusão de curso (CHWARTZMANN, 2015), dois artigos científicos (SANTOS, 2012; IRAMINA, 2019) e alguns poucos artigos de opinião (VALENTE, 2019a, 2019b; COSTA NETTO, 2019b). Em nenhum deles se indica

qual modelo de responsabilidade civil o Brasil deve adotar.

O segundo diz respeito aos ganhos econômicos, sociais e culturais que podem advir da solução daquela lacuna jurídica. Regras mais claras sobre a responsabilidade civil dos provedores têm o potencial de aumentar investimentos nesses modelos de negócio e gerar mais tributos, empregos e, é claro, receita para os titulares de direitos autorais. A maior receita para esses titulares, por sua vez, trará incentivo para que continuem produzindo e disponibilizando conteúdos, em benefício da sociedade. Em suma, todos ganham.

2 Referencial teórico

2.1 Direitos autorais

No âmbito da propriedade intelectual, os direitos autorais compreendem as “relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências” (BITTAR, 2019, p. 3). Trata-se de um gênero, do qual são espécies os *direitos de autor* e os *direitos conexos*. No Brasil, as regras sobre direitos autorais encontram-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII) (BRASIL, [2022a]) e em leis federais, entre as quais a principal é a Lei nº 9.610, de 19/2/1998, conhecida como *Lei de Direitos Autorais* (LDA).

A LDA confere proteção jurídica às obras intelectuais, definidas pelo art. 7º como “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte” (BRASIL, [2021b]). Alguns exemplos de obras intelectuais são as composições musicais, fotografias, desenhos, coreografias e sermões. Tal proteção é feita em benefício dos autores, no caso do direito do

autor; e, no caso dos direitos conexos, dos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão³. A eles, a LDA atribui dois complexos de direitos: os morais e os patrimoniais.

Os direitos morais consistem em prerrogativas extrapatrimoniais que visam a proteger tanto criador quanto criação, considerando que esta é uma projeção da personalidade daquele e, conseqüentemente, uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana (MORAES, 2008, p. 9 apud LIMA, 2019, p. 22). Tais prerrogativas estão previstas no art. 24 da LDA e podem ser agrupadas, segundo Giacomelli, Braga e Eltz (2018, p. 23), em três grandes direitos: indicação da autoria (incisos I e II), circulação da obra (incisos III e VI) e alteração da obra (incisos IV e V), todos com vistas a defender a personalidade do autor inscrita na obra intelectual.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, consistem na proteção contra a apropriação indevida da obra por terceiros, por meio da atribuição ao titular de um direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Como consequência desse controle exclusivo, qualquer terceiro que deseje utilizar a obra deverá obter prévia e expressa autorização do seu titular, que poderá exigir pagamento ou não (COSTA NETTO, 2019a, p. 247). Tal benefício é conferido com o intuito de incentivar titulares a exercerem atividade intelectual e, em última instância, contribuir para a difusão e o progresso da ciência e das artes em benefício de toda a sociedade.

Apesar das grandes vantagens conferidas a titulares e autores, os direitos autorais não são absolutos, isto é, podem ser limitados em vista de outros interesses públicos pertinentes. Entre eles,

a doutrina (MAGRANI, 2019, p. 165; BITTAR, 2019, p. 21; COSTA NETTO, 2019a, p. 277-278) destaca os preceitos constitucionais da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX) e de acesso à informação (art. 5º, XIV), o direito social à educação (arts. 6º, 205 e 214, V), o dever do Estado de prover o acesso à cultura (art. 215), além do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III) (BRASIL, [2022a]).

Para permitir esse equilíbrio, a LDA prevê três tipos de restrições específicas aos direitos autorais, que, por vias diferentes, acabam por produzir o mesmo efeito: o uso livre da obra. A primeira delas é a exclusão de determinadas criações intelectuais – listadas taxativamente no art. 8º da LDA – da proteção autoral, por serem itens que ou carecem de originalidade ou são de ampla utilização pela coletividade (PANZOLINI, 2018, p. 28), de forma que seria contrário ao bem comum que alguém as dominasse com exclusividade (ABRÃO, 2008).

A segunda dessas restrições é a limitação temporal dos direitos patrimoniais – em regra, por 70 anos –, o que não ocorre com os demais direitos de propriedade. Expirado esse prazo, os direitos patrimoniais cessam e diz-se que a obra *cai em domínio público*, quando poderá ser utilizada por qualquer pessoa sem a necessidade de autorização prévia, ainda que com finalidade econômica (PARANAGUÁ; BRANCO JÚNIOR, 2009, p. 61). Tal restrição visa a recompensar a coletividade pelo monopólio concedido ao titular, por meio do maior (e mais barato) acesso às obras antes protegidas, bem como ampliar o acervo de ideias no qual futuros autores poderão inspirar-se (BITTAR, 2019, p. 126; PANZOLINI, 2018, p. 39-40).

Por fim, há as chamadas *limitações* – ocasiões em que a obra, embora no prazo de proteção, pode ser utilizada licitamente sem prévia autorização do titular (MAGRANI, 2019, p. 148). A LDA indica as limitações nos arts. 46 (usos de

³ Segundo Bittar (2019, p. 165), a proteção desses titulares visa a resguardar os “interesses econômicos de categorias que atuam na fixação e na colocação de obras intelectuais ao público, empregando enormes capitais ao mesmo tempo em que também contribuem para a difusão dessas obras”.

caráter informativo, social e educacional), 47 (paráfrases e paródias) e 48 (obras em logradouro público) (BRASIL, [2021b]), que nada mais são do que casos especiais em que a exigência da autorização prévia se mostra claramente contrária ao desenvolvimento social (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 2).

2.2 Direitos autorais no ambiente digital

A proteção autoral aplica-se indistintamente nos ambientes analógico e digital. No entanto, este último tem-se mostrado um verdadeiro desafio à eficácia dos direitos autorais, na medida em que se apresenta como um lugar de fácil violação e de difícil controle (LIMA, 2019, p. 8). Abordaremos pormenorizadamente cada uma dessas características.

A facilidade de violação decorre da combinação de dois fatores: o maior acesso a obras protegidas e a facilidade de sua replicação e transmissão. O primeiro resulta de modelos de negócio (como o *peer-to-peer*⁴ e o *user generated content*⁵), que permitiram a ampla disponibilização on-line de praticamente qualquer conteúdo (IRAMINA, 2019). Em relação ao segundo, Santos (2005, p. 43 apud BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 4) explica que

[o] processo de reprodução da obra intelectual tornou-se extremamente fácil, rápido e eficiente, permitindo a geração de cópias que

⁴O sistema *peer-to-peer*, também chamado de P2P, refere-se a um tipo de arquitetura de rede em que computadores, por meio de *softwares* específicos, conectam-se uns aos outros para compartilhar ou transferir dados, como músicas, jogos, vídeos, imagens etc. (PINHEIRO, 2016, p. 605). Alguns exemplos de *softwares* P2P são o Napster, o eMule e o BitTorrent, que disponibilizam grandes volumes de conteúdo de forma absolutamente gratuita (PINHEIRO, 2016, p. 180).

⁵Sites e plataformas que oferecem serviços baseados em conteúdo fornecido por terceiros (BARRETO JUNIOR; LEITE, 2017, p. 405), que aqui denominamos *usuários*. Alguns exemplos são o YouTube, o Twitter, as redes sociais, os blogs etc.

em nada se distinguem do chamado “original”. Além disso, a circulação das criações intelectuais pode ser feita atualmente a custo insignificante, sem limitação de fronteiras e praticamente sem barreiras técnicas.

Sob o ponto de vista da sociedade, a maior oferta de bens on-line é absolutamente benéfica, visto que amplia as possibilidades de acesso à cultura, educação e informação, bem como as de criação de novos conteúdos. No entanto, tais benefícios têm sido obtidos à custa da remuneração dos titulares, que na vasta maioria dos casos não autoriza os usos da obra no ambiente on-line, quanto menos de forma gratuita – o mais comum, em realidade, é que sequer tenham ciência delas. Além de lesar os titulares, a prática desses atos

prejudica seriamente a economia e o nível de emprego dos países afetados por ela: compromete os interesses do Estado devido à evasão tributária; afeta a atividade industrial que está comprometida com a produção de exemplares lícitos; compromete os interesses dos autores, editores, artistas, produtores e organismos de radiodifusão; e destrói os esforços realizados para salvaguardar e promover as culturas nacionais (AFONSO, 2009, p. 127).

Embora todos esses usos e apropriações indevidos sejam passíveis de punição civil e criminal (AFONSO, 2009, p. 40), na prática há diversos obstáculos à repressão das violações aos direitos autorais. O mais óbvio é o grande volume de usos ilícitos, resultado da vasta quantidade de usuários que acessa a internet e da facilidade que têm de replicar e compartilhar os conteúdos; desse modo, torna-se absolutamente impraticável para os titulares fiscalizar, um a um, todos os usos que são feitos de sua obra (IRAMINA, 2019).

Para os usos não autorizados que efetivamente se identificam, há também a dificuldade de acionar o infrator que se quer responsabilizar (CHWARTZMANN, 2015, p. 21), pois muitos

usuários agem de forma anônima (ou, no mínimo, dependem de grandes esforços para ter sua identidade revelada) e/ou estão estabelecidos em outro país, de forma que a persecução judicial passa a depender dos (morosos) institutos da cooperação jurídica internacional para o seu regular processamento e desenvolvimento (PAESANI, 2014, p. 21).

Apesar de todos os desafios que enfrentam, os titulares têm-se mobilizado para coibir os usos ilícitos de suas obras por meio de medidas tecnológicas, de negócios, educativas e jurídicas. Com relação às últimas, no início da internet houve o acionamento dos infratores primários, efetivos responsáveis pelo conteúdo, com base nas regras de Responsabilidade Civil. Embora tenha significado vitória em alguns casos, a medida mostrou-se ineficiente (e insustentavelmente cara) a médio e longo prazos, em virtude da alta taxa de replicação e transmissão dos conteúdos (SANTOS, 2014, p. 284).

Como alternativa, os titulares passaram a acionar a própria plataforma que hospeda os conteúdos ou outros poucos intermediários, dado seu papel de facilitar a infração de terceiros a seus direitos (IRAMINA, 2019). Os pedidos podem ser tanto judiciais, perante o Poder Judiciário competente, como notificações direcionadas ao próprio site, requerendo a derrubada do conteúdo infrator. Para um aprofundamento maior nesse tema, porém, é preciso antes entender um pouco a disciplina brasileira da Responsabilidade Civil.

2.3 Fundamentos da Responsabilidade Civil

O instituto da *responsabilidade* é a tradução jurídica de uma regra social segundo a qual “a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação [dos danos que sofreu] por parte do ofensor” (PEREIRA, 2018, p. 20). Nesse sentido, a responsabilidade estrutura-se

em torno de dois deveres jurídicos: um originário, que prescreve determinada conduta, e um sucessivo, de reparar o dano, que surge da violação do dever originário (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 11).

A responsabilidade é dita *civil* ou *penal* em função da norma jurídica que impõe o dever originário, violado pelo agente (GONÇALVES, 2018, p. 19). Aqui nos ocuparemos apenas da primeira, cuja disciplina é dada pelo art. 927 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2022b]). Com base nele, a doutrina elenca seus três elementos caracterizadores: dano, ato ilícito e nexo de causalidade.

O dano é o elemento fundamental da responsabilidade, pois sem ele não há o que indenizar. Na definição de Cavalieri Filho (2020, p. 88), dano é uma “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial⁶, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.” Transportada para o campo dos direitos autorais, a noção de dano compreende tanto o desrespeito às prerrogativas patrimoniais dos titulares – normalmente por uso não autorizado da obra intelectual –, quanto a violação dos direitos morais⁷ dos autores, ou mesmo ambas simultaneamente (CAVALIERI FILHO, 2001, p. 45).

Com relação ao ato ilícito, os arts. 186 e 187 do CC (BRASIL, [2022b]) definem-no como uma ação ou omissão que viole uma norma

⁶ O patrimônio pode ser definido como “o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 89), o que inclui bens, mas também direitos, como o direito autoral patrimonial.

⁷ São frequentes as violações aos direitos morais dos autores, principalmente aos direitos à integridade (modificações, supressões ou inclusões não autorizadas na obra), ao ineditismo (vazamento de conteúdos) e à paternidade (não atribuição da autoria, atribuição da autoria a outro autor ou atribuição da autoria para si – comumente chamada *plágio*) da obra.

jurídica. Segundo Monteiro (apud GONÇALVES, 2020, p. 35), o requisito da culpa (art. 186) deve ser considerado em sentido amplo, para incluir tanto a culpa *stricto sensu* – violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo o padrão de comportamento médio –, quanto o dolo – pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo, ou ao menos a assunção do risco de produzi-lo. Por exigir a comprovação da culpa, a responsabilidade civil do art. 927 chama-se *subjetiva*.

Por fim, para que se caracterize a responsabilidade é indispensável a presença donexo causal entre o dano e o ato ilícito, isto é, deve-se verificar se há “uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito” (PEREIRA, 2018, p. 102). No Brasil, a aferição desse requisito é feita com base na teoria da *causa adequada*, que considera causa jurídica apenas o evento que, entre todos os fatores causais possíveis, direta e imediatamente causou o dano – em outras palavras, que tinha necessariamente as condições de produzi-lo (PEREIRA, 2018, p. 107).

Além da regra da responsabilidade *subjetiva*, contida no *caput* do art. 927, o CC também prevê, no parágrafo único do mesmo artigo, a modalidade de responsabilidade *objetiva* “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, [2022b]). Essa modalidade decorre da constatação pós-moderna de que há tipos de danos em que, “se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 191). Assim, o Direito dispensa a comprovação da culpa na configuração do dever de indenizar, bastando onexo causal entre o fato do agente e o dano (PEREIRA, 2018, p. 367).

Quanto às autorizações legais, destacamos aqui a disciplina dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, [2021a]), os quais determinam que os fornecedores de bens e de serviços respondem de forma objetiva pelo defeito de seus produtos ou serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Assim, a esses fornecedores impõe-se o dever de garantir a qualidade e a segurança dos produtos e serviços postos no mercado de consumo, sempre em benefício do consumidor, considerado tecnicamente hipossuficiente e vulnerável em relação ao fornecedor (CAVALCANTI; LEITE; BARRETO JUNIOR, 2018, p. 516).

Quanto às atividades de risco, a responsabilidade objetiva fundamenta-se na chamada *teoria do risco criado*, segundo a qual “[s]e o causador do dano [...] pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjetivo) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí

o dever de segurança [...], cuja violação justifica a obrigação de reparar [...] sem apreciação moral da conduta do autor do dano” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 233).

Finalmente, a responsabilidade civil deve ser preferencialmente direta – isto é, deve recair exclusivamente sobre quem praticou o ato danoso, a quem competia a obrigação originária. No entanto, como aqui também poderia haver muitos prejuízos não ressarcidos, “de há muito, os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento” (VENOSA, 2020, p. 521). Para os fins deste trabalho, interessam-nos as modalidades de responsabilidade indireta elencadas no *Marco Civil da Internet*, estudado a seguir.

2.4 Responsabilidade Civil na internet

Como já mencionado, as dificuldades enfrentadas pelos titulares ao exercerem seus direitos autorais tem levado a pedidos de responsabilização dos provedores de serviços de internet⁸ pelos atos de seus usuários, seja porque viabilizam tecnicamente a disponibilização do conteúdo ofensivo, seja porque dele extraem benefício econômico, ainda que indiretamente (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 940-941).

Por muito tempo no Brasil não havia determinação clara sobre os termos da responsabilidade civil por ato de terceiros na internet. No entanto, isso mudou em 24/4/2014, quando foi promulgada a Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, [2021c]), conhecida como *Marco Civil*

⁸ Os provedores de serviços de internet são um conjunto de atores intermediários que fornecem serviços relacionados ao funcionamento da internet ou por meio dela; são espécies de provedores de serviço os provedores de *backbone* (ou infraestrutura), de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo (LEONARDI, 2005, p. [21]).

da Internet (MCI), cuja Seção III estabeleceu três modelos distintos de responsabilização, conforme a atividade⁹ desempenhada por cada ator e a natureza da norma violada.

Para os provedores de acesso à internet, isto é, pessoas jurídicas que fornecem serviços de conexão dos dispositivos de seus clientes à internet (LEONARDI, 2005, p. [136]), o art. 18 exime-os de qualquer responsabilidade civil por atos de terceiros, confirmando a prática de tribunais nacionais e estrangeiros (SOUZA, 2014, p. 808-809). Tal isenção justifica-se em razão de dois argumentos:

O primeiro argumento reside na impossibilidade técnica por parte dos provedores em evitar comportamentos lesivos de seus usuários.¹⁰ Vale ressaltar que essa conduta dos provedores de conexão não apenas é impossível como também indesejada, já que levaria fatalmente ao aumento de práticas de monitoramento em massa e de adequação legal controversa.

O segundo argumento, por sua vez, transcende o aspecto tecnológico, ao enfatizar a quebra de nexo causal existente entre o dano causado a terceiro e o ato de simplesmente disponibilizar o acesso à rede para um usuário. A conexão à internet não parece ser a causa direta e imediata do dano sofrido pela eventual vítima, mas sim o comportamento concretamente desempenhado pelo usuário que gerou o conteúdo ilícito (SOUZA, 2014, p. 809).

Diferentemente, o art. 19 ocupa-se dos provedores de aplicações de internet, definidas pelo art. 5º, VII, como “o conjunto de funcionalidades

⁹ A responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades é, inclusive, um dos princípios do MCI, positivado no art. 3º, VI (ALICEDA, 2019).

¹⁰ Essa impossibilidade técnica deriva do fato de que o provedor não tem acesso, controle ou ingerência sobre os conteúdos que seus usuários criam e divulgam, atuando como mero condutor de informações entre os usuários e a rede (GONÇALVES, 2017, p. 136; BIJOS, 2011, p. [15]).

que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (BRASIL, [2021c]).¹¹ Para esses atores, o MCI determinou, como regra geral, a sua responsabilização subjetiva apenas caso deixem de cumprir ordem judicial para removê-los. A culpa, no caso, apresenta-se na forma de negligência, uma vez que, “alertados sobre o fato, preferem manter a página ou site ofensivo” (GONÇALVES, 2020, p. 116-117).

Há duas exceções à regra do art. 19. A primeira encontra-se no art. 21, que prescreve a responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações por conteúdo de terceiros que envolvam cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado cuja divulgação não tenha sido autorizada, caso deixe de remover o conteúdo após notificação da vítima, independentemente de ordem judicial (BRASIL, [2021c]).

A segunda se refere à responsabilização civil dos provedores por violações de terceiros a direitos autorais. Nesse caso, porém, o MCI optou por não regular o tema, estabelecendo que “[a] aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal” (BRASIL, [2021c]).

Segundo Branco Júnior (2016) e Souza (2014, p. 813), essa opção justificou-se: (i) pela dificuldade de se chegar a um acordo sobre o tratamento do tema no MCI; (ii) pela demanda constante, em especial das empresas de rádio e televisão, para que não houvesse alterações na prática de envio de notificações para a remoção de conteúdo autoral não autorizado; e (iii) pelo fato de haver, à época, proposta de revisão da

¹¹ O conceito, um tanto vago, é interpretado pela doutrina para abarcar os provedores de correio eletrônico (envio de mensagens eletrônicas), os provedores de hospedagem (armazenamento de dados) e os provedores de conteúdo (disponibilização e divulgação de arquivos de texto, de imagem, de vídeos ou aplicativos) (ROCHA, 2014, p. 821).

LDA conduzida pelo Ministério da Cultura, onde o tema já teria sido tratado. Todavia, essa reforma jamais foi aprovada e, até o momento, não há qualquer regulação do tema.

Até lá, o art. 31 do *Marco Civil* (BRASIL, [2021c]) determina que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente. Com base nesse mandamento, Iramina (2019) entende que é possível a aplicação por analogia do art. 105¹² da LDA para defender a necessidade de ordem judicial para a responsabilização dos provedores. Entre os magistrados, entretanto, prevalece

o entendimento paradigmático do STJ de que não existe responsabilidade objetiva do provedor de aplicações em fiscalizar o conteúdo de seus usuários. Entretanto, destaca-se que o provedor poderá ser responsabilizado solidariamente se, uma vez notificado de que um conteúdo constitui-se em infração de direito autoral, omitir-se em seu dever de torná-lo indisponível (ROCHA, 2014, p. 835).

Diante dessa omissão legislativa, é oportuno estudar as experiências estrangeiras¹³ sobre o tema.¹⁴ Entendemos que essa metodologia

¹² “Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis” (BRASIL, [2021b]).

¹³ Na definição de Heinen (2017, p. 168), o estudo do Direito estrangeiro “tem por objeto conhecer, analisar, compreender etc. um sistema jurídico que não é o seu pátrio. Não há uma preocupação em compará-lo”.

¹⁴ Há uma grande quantidade e variedade de legislações disponíveis sobre o tema igualmente relevantes. A esse respeito, recomendamos a consulta à base de dados da Universidade de Stanford, que reúne informações sobre a responsabilidade civil de provedores de serviços de internet quanto a uma variedade de temas, entre os quais os direitos autorais (COPYRIGHT, 2018).

permitirá não só uma melhor compreensão da problemática, como também aportará importantes lições e reflexões para a formulação do modelo de regulação visado por este trabalho (SANTOS, 2012, p. 238).

3 Experiências estrangeiras

3.1 Estados Unidos da América

A discussão sobre a responsabilidade dos provedores de serviços de internet por violações de terceiros a direitos autorais nos EUA tem suas origens na década de 1990, quando surgem as primeiras decisões judiciais sobre atos de contrafação praticados por meio de sites e recursos proporcionados pelos provedores (SANTOS, 2012, p. 238). Por pressão das grandes corporações titulares de direitos, o então presidente Bill Clinton determinou a elaboração de um relatório para investigar a possibilidade de se criar um sistema para a responsabilização objetiva dos provedores (LEONARDI, 2005, p. [36]).

Partindo da premissa de que esses intermediários teriam condições de monitorar facilmente o conteúdo de todas as informações transmitidas, o relatório – apelidado *White Paper* – propôs que “os provedores de serviços de internet seriam responsabilizados objetivamente por qualquer violação de direitos de propriedade intelectual causados por seus usuários, sem sequer serem comunicados previamente a respeito da ocorrência” (LEONARDI, 2005, p. [36]).

Insatisfeitos, grupos de provedores de serviços de internet, empresas de telecomunicações e outras associações mobilizaram-se para que a proposta do *White Paper* fosse recusada pelo Congresso estadunidense (LEONARDI, 2005, p. [36]). Em seu lugar, foi proposto e promulgado em 1998 o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), lei com o duplo objetivo de proteger

os interesses dos titulares de direitos autorais e de desenvolver o ecossistema da internet norte-americano (COSTA NETTO, 2019a, p. 329-330).

Na contramão do que propunha o *White Paper*, o DMCA acrescentou uma nova seção (§ 512) ao Título 17 do *U. S. Code* (UNITED STATES, 2020), que trata de direitos autorais, segundo a qual ficam isentos de responsabilidade por violações a direitos de propriedade intelectual os provedores de hospedagem que preencham determinados requisitos:

Para beneficiar-se da isenção, o ISP [provedor de serviços de internet] precisa, além de estabelecer uma política de exclusão de usuários repetidamente infratores, respeitar as medidas tecnológicas de proteção e gestão de direito estabelecidas pelos titulares de direitos autorais. De maneira geral, o ISP pode beneficiar-se da isenção se: (a) não tiver conhecimento da infração, (b) não houver razão para supor esse conhecimento e (c) agir diligentemente para sanar o problema quando dele tomar conhecimento, retirando o material infringente (SANTOS, 2012, p. 244).

Depois de indisponibilizar o conteúdo, o provedor de aplicações notifica o usuário que havia subido o conteúdo para a rede, permitindo-lhe que ateste deter os direitos para disponibilizar aquele material on-line, a despeito da reclamação do titular. Caso o respondente cumpra as exigências formais (inclusive a de se responsabilizar pela veracidade das informações que presta na resposta), o conteúdo volta a ser disponibilizado em até quatorze dias, caso em que o titular deve recorrer ao judiciário se desejar insistir na questão (VALERIO, 2013).

Por fim, o DMCA reconhece que “não deve ser imposta uma obrigação geral para os provedores de monitorar o conteúdo gerado por terceiros ou de buscar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem uma atividade ilegal em suas plataformas” (IRAMINA, 2019). Em

razão da proteção outorgada aos provedores, esse regime de responsabilidade subjetiva mediante notificação extrajudicial ficou conhecido como *safe harbour* (porto seguro).

Após mais de vinte anos de vigência, a análise do *U. S. Copyright Office* (UNITED STATES, 2020, p. 1) é a de que o objetivo de promover o desenvolvimento do ecossistema da internet foi amplamente atendido, ao passo que, com o crescimento exponencial das plataformas, o sistema mostrou-se pouco efetivo no combate às violações, dado que os conteúdos removidos logo são disponibilizados em outro lugar.

O DMCA desagradou ainda a usuários e entidades de defesa da liberdade de expressão, que o criticam por transferir o poder de decisão sobre a legalidade dos conteúdos a particulares que não têm incentivos para mantê-los on-line (LARA; VERA, [201-], p. 8; LEONARDI, 2012, p. 207). No mesmo sentido, pesquisas empíricas mostram que o sistema de notificação é sujeito a abusos, gerando a remoção de conteúdos lícitos, e que o procedimento de contranotificação, embora disponível e válido, raramente é utilizado (LAIDLAW, 2020). Dito de outra forma: esse modelo de *notice and takedown* (notificação e derrubada) pode ser utilizado como mecanismo de censura indireta.

Apesar das dificuldades, o DMCA tem o mérito do pioneirismo, que, somado à larga influência cultural e econômica das empresas estadunidenses, levou-o a influenciar diversas outras legislações, entre as quais a europeia (PINHEIRO, 2016, p. 183).

3.2 União Europeia

Em 8/6/2000, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia promulgaram a Diretiva¹⁵ sobre o Comércio Eletrônico, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação. Entre outras questões, a norma comunitária regula na Seção 4 a responsabilidade dos provedores que agirem na qualidade de intermediários, aplicando-lhes o mesmo modelo de *notice and takedown* inaugurado pelos norte-americanos, qualquer que seja a natureza da violação.

Partindo da premissa de que “[o]s prestadores de serviços têm, em certos casos, o dever de agir a fim de evitar ou fazer cessar actividades ilícitas”, a Diretiva institui “mecanismos rápidos e fiáveis para remover as informações ilícitas e impossibilitar o acesso a estas” (UNIÃO EUROPEIA, 2000, n. 40, p. 6; LEONARDI, 2005, p. [29]). Nesse contexto, seu art. 14

¹⁵ *Diretiva* é um tipo de ato jurídico da União Europeia que exige de seus países-membros que “atinjam um determinado resultado, deixando-os escolher a forma de o fazer. Os países da UE têm de adotar medidas para incorporar as diretivas no Direito nacional (transposição), a fim de atingir os objetivos nelas fixados” (TIPOS..., [20--]).

estabelece um *safe harbour* para provedores de hospedagem, desde que não tenham conhecimento de que o conteúdo é ilegal (ou razões para supô-lo); e, uma vez obtendo-o, procedam à sua remoção (ANGELOPOULOS; QUINTAIS, 2019, p. 152). Em complemento, o art. 15 da Diretiva deixa clara

a ausência de um *dever geral de vigilância*¹⁶, prevendo que os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de verificar as informações que transmitem ou armazenam ou de investigar eventuais ilícitos praticados nos seus ambientes. Desse modo, no sistema europeu, não há que falar em responsabilidade objetiva dos sítios, mas apenas de uma responsabilização fundada na culpa (TARTUCE, 2018, p. 1.367, grifo do autor).

Durante sua aplicação, porém, o regime enfrentou duras críticas dos titulares de direitos autorais, que afirmaram tratar-se de sistema caro, que demanda muito tempo e que não apresenta eficácia no combate à pirataria on-line em massa (IRAMINA, 2019). Não menos importante, o regime ainda distorceria a concorrência no mercado: em vez de licenciar os conteúdos, as plataformas que atuam no modelo *user generated content* optam por simplesmente removê-los mediante notificação ou voluntariamente, o que gera concorrência desleal em relação aos negócios que licenciam os conteúdos e diminui os preços que deveriam ser repassados aos titulares (FROSIO, 2017; INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2018, p. 26-27).

Diante dessas demandas, a União Europeia aprovou em março de 2019 a Diretiva sobre direitos autorais no Mercado Único Digital, que ressalva o regime estabelecido pela Diretiva do Comércio Eletrônico em relação às violações a direitos autorais (UNIÃO EUROPEIA, 2019). Buscando corrigir aquela distorção de mercado e equalizar os lucros das grandes plataformas, a Diretiva introduz uma mudança drástica no regime de responsabilidade europeu (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2018, p. 28; COALIZÃO AL SUR, 2019). Segundo o art. 17, as plataformas que publicarem conteúdos fornecidos por seus usuários passam, elas próprias, a realizar um ato de comunicação ao público, para o qual deverão obter autorização do titular; caso contrário, poderão ser chamadas a responder diretamente pela violação, juntamente com o usuário que fez o *upload* (RIIS; SCHWEMER, 2019, p. 4; FROSIO, 2017; ANGELOPOULOS; QUINTAIS, 2019, p. 148). Para se liberarem dessa responsabilização objetiva, as plataformas devem cumprir uma série de obrigações escalonadas:

¹⁶ Segundo o Considerando n. 47 da Diretiva, porém, poderão ser instituídas obrigações de vigilância em casos específicos (LAIDLAW, 2020).

Quadro

Obrigações das plataformas segundo o art. 17

Destinatários	Prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos on-line, definidos pelo art. 2.6 como “prestador[es] de um serviço da sociedade da informação que t[ê]m como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza e promove com fins lucrativos”.	Exceções: enciclopédias on-line sem fins lucrativos, repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos, plataformas de desenvolvimento e partilha de software de código aberto, prestadores de serviços de comunicações eletrônicas, mercados on-line, serviços em nuvem cujos usuários carregam conteúdos para uso próprio.
Obrigações para todas as plataformas	1) Evitar os melhores esforços para licenciar o conteúdo disponibilizado pelos usuários. 2) Evitar os melhores esforços para retirar do ar o conteúdo após notificação dos titulares (modelo <i>notice and takedown</i>).	Exceções: não podem ser removidos materiais que não violem direitos de autor e conexos, sobretudo nas hipóteses de usos legítimos (que incluem as limitações para citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche).
Obrigações adicionais para as plataformas com mais de 5 milhões de visitantes por mês	3) Evitar os melhores esforços para impedir o <i>upload</i> futuro de obras que foram retiradas após uma notificação dos titulares (modelo <i>notice and stay down</i>).	
Obrigações adicionais para plataformas com mais de três anos ou negócios superiores a dez milhões de euros por ano	4) Evitar os melhores esforços para garantir a indisponibilidade de obras específicas para as quais os titulares de direitos tenham fornecido ao provedor de serviços as informações relevantes e necessárias. 5) Evitar os melhores esforços para impedir o <i>upload</i> futuro de obras que foram retiradas após uma notificação dos titulares dos direitos.	

Fonte: adaptado de Souza (2019) e Communia Association (2019).

A principal crítica ao art. 17 refere-se à obrigação de impedir *uploads* futuros da mesma obra, modelo conhecido como *notice and stay down* (notificação e manutenção da derrubada). Apesar de a Diretiva não mencionar tal fato explicitamente, na prática não se consegue vislumbrar o cumprimento dessa obrigação sem o auxílio de ferramentas automatizadas de reconhecimento de conteúdos, imaginadas no modelo de filtros de *upload*, como o *Content ID* do YouTube (MASNICK, 2019; VALENTE, 2019a; LAIDLAW, 2020). São três as dificuldades.

A primeira diz respeito ao alto custo dessas tecnologias. Segundo o Google (2018, p. 13, tradução nossa), até 2018 a empresa “já havia investido mais de US\$ 100 milhões em sua ferramenta *Content ID*, considerando gastos com pessoal e equipamento”. Nesse sentido, critica-se que a nova

Diretiva atuará como uma barreira à inovação ao impor gastos proibitivos às plataformas para o desenvolvimento e a implantação desses filtros (FROSIO, 2017).

A segunda é que, além de caros, os filtros de *upload* são sabidamente falhos. Segundo Keller (2020), a forma como são concebidos impede-os de identificar que o uso de certa obra está abarcado por uma limitação, gerando falsos positivos; além disso, tais filtros incorretamente identificam obras em domínio público como pertencentes a algum titular. O resultado, em ambos os casos, é a remoção indevida de conteúdos legítimos (COMMUNIA ASSOCIATION, 2021a).

Por fim, e o que talvez seja o problema mais grave, a obrigação de evitar que um conteúdo específico seja novamente compartilhado implica o monitoramento de todos os conteúdos, o que é incompatível com a vedação ao monitoramento geral determinada pelo art. 15 da Diretiva de Comércio Eletrônico e reiterada pelo art. 17(8) da própria Diretiva de Direitos Autorais (FROSIO, 2017; MONCAU, 2018; ANGELOPOULOS; QUINTAIS, 2019, p. 148).

Buscando ajudar seus países-membros a transpor essas obrigações para o plano nacional, a Comissão Europeia publicou orientações a respeito da implementação do art. 17 da Diretiva. Esse documento reiterou a necessidade de serem introduzidos mecanismos de controle dos conteúdos que sejam prévios à sua disponibilização, e que apenas conteúdos “manifestamente infratores” estejam sujeitos a bloqueio automático; caso contrário, o conteúdo só poderá ser bloqueado após análise humana (COMMUNIA ASSOCIATION, 2021b).

Excepcionalmente, no entanto, a Comissão Europeia permite aos titulares que identifiquem previamente as obras passíveis de causar prejuízo financeiro significativo, para as quais se garante que o bloqueio precederá a análise

humana (COMISSÃO..., 2021). A inovação foi recebida com arrepio por associações de direitos dos usuários, as quais consideram que o mecanismo está sujeito a abusos (COMMUNIA ASSOCIATION, 2021a, 2021b).

Como se vê, trata-se de tema complexo, cujos exatos termos de implementação ainda estão longe de ser definidos. Apesar disso, a tendência é que a Diretiva influencie os debates legislativos no Brasil e a própria prática das plataformas que aqui operam, como forma de resguardar-se de eventuais demandas de responsabilização na Europa a respeito de conteúdos enviados por usuários brasileiros (PINHEIRO; ARAÚJO, 2019).

3.3 Canadá

Apelidado *notice and notice* (notificação e notificação), o regime canadense é possivelmente o modelo de responsabilidade civil mais distinto de todos. Formalmente instituído em 2015, por meio de uma emenda ao *Copyright Act* (1985) canadense (CANADA, [2022]), a alteração legislativa nada mais fez que positivar uma prática voluntária da indústria, iniciada nos anos 2000, para receber e administrar queixas de violações a direitos autorais (LAIDLAW, 2020).

Segundo ela, os intermediários da internet estarão isentos de responsabilidade pelos conteúdos de seus usuários se cumprirem com três obrigações singelas: (i) encaminhar aos usuários supostamente infratores as notificações de infrações que os titulares de direitos autorais desejem lhes enviar; (ii) comunicar aos titulares que sua notificação foi enviada (ou as razões pelas quais não conseguiu fazê-lo); e (iii) guardar os registros da identidade do usuário ao menos por seis meses (ou um ano, caso haja litígio judicial), contados da data em que o usuário foi notificado (NOTICE..., 2014). Caso contrário, o provedor estará sujeito a uma multa (e não à

responsabilidade civil) bastante limitada, entre C\$ 5.000,00 e C\$ 10.000,00 (LAIDLAW, 2020).

Trata-se de um regime de caráter sobretudo educativo, buscando conscientizar usuários sobre a ilegalidade do uso de obras protegidas, já que as notificações não podem dar origem a nenhum tipo de penalidade para o usuário (GEIST, 2014). Assim, caso este não remova ou licencie o conteúdo por conta própria, o titular somente poderá perseguir a violação autoral no Poder Judiciário – e para isso terá preservados os dados do usuário (VALERIO, 2013).

Se por um lado o recurso ao Judiciário implica ônus não desprezíveis de tempo, recursos e aumento exponencial do dano, por outro lado “[c]onfiar as decisões de remoção aos tribunais pode aumentar o nível de justiça processual e, como resultado, a legitimidade do procedimento NN [*notice and notice*]. Além disso, melhora a qualidade das decisões, uma vez que são tomadas por órgãos competentes para a resolução de conflitos” (KUCZERAWY, 2020, p. 535, tradução nossa).

Felizmente, a análise judicial tem sido pouco solicitada: em 2010, 71% dos usuários que receberam a notificação de reivindicação de direitos autorais não voltaram a enviar arquivos ilegais a sistemas do tipo BitTorrent; em 2011, 67% dos usuários notificados não repetiram a infração após a primeira notificação e 89% deles cessaram o uso contestado após uma segunda notificação (GEIST, 2014). Entretanto, há quem argumente que tais resultados se fundam em abusos ao sistema:

As regras descrevem quais informações a notificação deve conter, mas não há restrições que restrinjam o seu conteúdo. Isso permitiu que os detentores de direitos autorais adicionassem informações destinadas a intimidar os usuários a fim de exigir acordos. O intermediário, mesmo sabendo das falsas alegações, não pode se recusar a encaminhar

a notificação. Os usuários que recebem essas notificações costumam ficar confusos sobre seus direitos e obrigações. [...] Essa “educação pelo medo”, que atualmente é resultado da falta de restrições, tem sido criticada por muitos, que pedem ao governo que reveja as regras (KUCZERAWY, 2020, p. 534-535, tradução nossa).

Apesar disso, o *notice and notice* é frequentemente apontado como modelo a ser seguido, dado que auxilia os titulares a combater os usos ilegais de suas obras ao mesmo tempo em que respeita os interesses e as liberdades dos usuários (NOTICE..., 2014). E, para os provedores, confere a segurança jurídica necessária à condução de seus negócios, dado que na maior parte dos casos estarão livres de responsabilização (VALERIO, 2013). Consideremos esta e as demais hipóteses de regulação.

4 Resultados e discussão

4.1 Definição da obrigação originária

Concluída a análise da experiência estrangeira, e avançando na formatação do modelo brasileiro, o próximo passo consiste na definição da obrigação originária a ser cumprida por esses atores – e que, se violada, gera para eles a obrigação sucessiva de indenizar. A pesquisa empreendida identificou quatro hipóteses possíveis.

A primeira delas consiste na *ausência de qualquer obrigação* dos provedores de aplicações de internet em relação aos conteúdos postados por seus usuários. Na prática, esse modelo equivale a uma imunidade a toda e qualquer demanda de responsabilização – como já ocorre hoje com os provedores de acesso, nos termos do art. 18 do MCI. Entendemos, porém, que esta não seria a melhor alternativa, na medida em que os provedores de aplicações desempenham papel não desprezível na viabilização das

infrações, potencialmente lucrando com elas, além de estarem em melhores condições que os titulares de direitos autorais de reprimir eventuais ilícitos, dado que têm o poder de controlar o fluxo de informações no ambiente digital e de identificar o causador do dano (IRAMINA, 2019; LEONARDI, 2005). Em outras palavras, a sua responsabilização pode exercer um papel-chave na luta contra as violações on-line.

No outro extremo, e como segunda opção, poder-se-ia pensar em conferir a tais atores uma *obrigação de evitar qualquer comportamento lesivo*, o que implicaria sua responsabilização objetiva: a mera exibição do conteúdo sem prévia autorização já é suficiente para configurar sua responsabilização (SOUZA, 2014, p. 810). Esse modelo parece ser a escolha preferida dos titulares de direitos autorais, na medida em que o papel de fiscal da lei é transferido em sua integralidade aos provedores de aplicações, além de eliminar o problema da identificação do usuário infrator.

Ela, todavia, exige tanto a filtragem prévia dos conteúdos quanto o seu monitoramento *a posteriori*, atitudes que não são desejáveis (pois abrem margem para violações ao direito constitucionalmente garantido da liberdade de expressão) nem viáveis (dado o alto volume de obras a ser monitorado e o fato de que as tecnologias disponíveis para isso são falhas e caras).

A doutrina, por sua vez, critica que esse modelo de responsabilidade coloca os provedores numa posição quase judicial, destacando que os “intermediários, como entidades privadas, não são os melhores posicionados para determinar que tipo de conteúdo é ilegal, pois [isso] requer um balanceamento cuidadoso dos interesses em jogo e consideração das defesas”, o que nem sempre ocorre com base em critérios objetivos ou de maneira transparente (NAÇÕES UNIDAS, 2011 apud LEONARDI, 2012, p. 207). Outra dificuldade é que o modelo gera para os provedores

um incentivo à remoção excessiva de conteúdos, a fim de se esquivarem da responsabilização (KUCZERAWY, 2020; LAIDLAW, 2020).

Afora a remoção de conteúdos, há outro modo de os provedores evitarem comportamentos ilícitos: regularizando o uso da obra. Entendemos que a opção da regularização é desejável e pode representar a resolução da maioria dos casos de violações: segundo o Google (2018, p. 25, tradução nossa), “[e]m 2017, os titulares optaram por monetizar 90% de todas as reivindicações do *Content ID*, abrindo uma infinidade de novos fluxos de receita para eles. Na indústria da música, os titulares optam por monetizar mais de 95% das reivindicações”. Retornaremos ao tema na seção 4.2.

A terceira obrigação passível de se atribuir aos provedores de aplicações é a de *agir energicamente para evitar que o dano autoral se propague, uma vez que dele tomem ciência*. Em termos jurídicos, trata-se de responsabilidade civil subjetiva, fundada na omissão do agente. Aqui, o fato gerador da obrigação pode ser a notificação extrajudicial da vítima (regra do DMCA e do art. 21 do MCI) ou a ordem judicial de remoção do conteúdo (regra do art. 19 do MCI).

Se por um lado a primeira opção tem o mérito da agilidade, por outro ela deixa os provedores reféns do cumprimento dos pedidos de retirada – que para todos os fins são equiparados a uma ordem judicial –, o que gera insegurança para os usuários e cria o risco de abusos e manipulações do sistema de notificações. Segundo Leonardi (2012, p. 204),

[e]studos realizados por membros da *Electronic Frontier Foundation* e do *Berkman Center for internet & Society* da *Harvard Law School* demonstram, com riqueza de exemplos, que o sistema de notificação e retirada instituído pelo DMCA é rotineiramente utilizado de forma abusiva, servindo como ferramenta de intimidação ou sendo empregado

impropriamente para a retirada de conteúdo não protegido por direito autoral, trazendo enormes implicações para a liberdade de expressão, além de não combater adequadamente a violação de direitos *on-line*. Entre outras 204 situações, o conteúdo indevidamente removido por abuso do DMCA inclui fatos e informações não sujeitos à proteção autoral, material em domínio público, crítica social e material de utilização livre em razão de limitações aos direitos autorais.

A segunda opção ganha em segurança jurídica para provedores e usuários, ao permitir que o Poder Judiciário tenha a palavra final sobre a existência de violação autoral e o poder de censurar (TEFFÉ, 2015), além de garantir maior legitimidade, qualidade e justiça processual para o procedimento de remoção (KUCZERAWY, 2020). No entanto, ela tem a desvantagem de ser um procedimento pouco prático, e que impõe altos custos às partes do processo, o que afeta desproporcionalmente os usuários e os provedores de pequeno porte (SOUZA, 2014, p. 804; ANGELOPOULOS; SMET, 2016).

Adicionalmente, e no que diz respeito à realidade brasileira, dois pontos devem ser observados: o primeiro é a notória sobrecarga do Judiciário, que o impede de proferir uma decisão – ainda que se cogite de tutela de urgência – com a velocidade necessária para impedir a proliferação do dano em escala global, implicando riscos à própria efetividade da ordem judicial (ALMEIDA, 2015). O segundo relaciona-se ao fato de o Código Penal já tipificar no art. 330 o crime de desobediência, considerado como o ato de deixar de cumprir ordem legal de funcionário público, de forma que parece desnecessário atribuir ao provedor uma obrigação já exigida no diploma penal.

Como visto, o MCI privilegiou a ordem judicial como regra geral (art. 19), mas permitiu a notificação da vítima para a remoção de conteúdos de natureza íntima (art. 21). A lógica

por trás dessa última escolha parece ser a fácil constatação de ilegalidade, o seu alto potencial ofensivo (e danos dificilmente reparáveis) e a falta de qualquer interesse público nesse tipo de conteúdo.

Ao se aplicar esse raciocínio à violação de direitos autorais, a ilegalidade não é facilmente constatável, pois a utilização da obra protegida pode estar abarcada pelo instituto das limitações, dispensando a autorização prévia. Quanto a seu potencial ofensivo, este varia caso a caso: para os titulares pessoa física, provavelmente a lesão é pouco expressiva, podendo ser remediada com uma simples regularização do uso, mediante autorização posterior; para os titulares pessoa jurídica, um vazamento *on-line*, por mais que rapidamente coibido, pode significar a perda irreversível de investimentos significativos.

No que diz respeito ao interesse público, este está fortemente presente nos conteúdos autorais, seja porque obras protegidas podem ser utilizadas para fim de crítica ou mesmo educacional, seja porque contribuem para os direitos constitucionais de acesso à cultura e à informação. Assim, e apesar da boa intenção que permeia essa obrigação, ela não é flexível o suficiente para dar conta das especificidades envolvidas nas violações de direitos autorais.

A quarta e última possibilidade seria a de obrigar os provedores de aplicações de internet a *darem tratamento às notificações das vítimas*, o que, por sua vez, pode traduzir-se numa infinidade de comportamentos – no caso do Canadá, a obrigação foi formatada para compreender o simples encaminhamento das notificações, com propósito meramente educativo. Entendemos que essa seria a melhor opção para o cenário brasileiro, pois poderia ser moldada de forma a dar conta da diversidade de usos de obras protegidas, das diferentes preocupações dos titulares e da variedade de condições materiais dos provedores de aplicações de internet.

4.2 Ponderação de interesses

Segundo Santos (2014, p. 293), a tutela dos direitos autorais na internet é objeto de duas correntes distintas: “aquela que advoga a maximização das medidas protetivas porque a internet pode constituir uma ameaça à tutela dos criadores e aquela que sustenta a maior ponderação de valores, buscando um equilíbrio mais justo de interesses”. Filiamo-nos à segunda e advogamos que a proposta legislativa será tanto melhor quanto mais concilie os interesses das partes interessadas: titulares de direitos autorais, provedores de aplicações, usuários e a sociedade de forma ampla.

Os titulares têm como objetivo principal a proteção de suas obras intelectuais em seus aspectos moral e patrimonial. Nesse sentido, seus interesses consistiriam em: (i) evitar o *upload* não autorizado das obras; (ii) caso isso ocorra, garantir sua rápida remoção; (iii) impedir que a obra indevidamente utilizada seja objeto de novos *uploads* por outros usuários; e, eventualmente, (iv) identificar os infratores para que se promova sua responsabilização direta (LEONARDI, 2012, p. 214). Sem essa proteção, os incentivos à produção de novos conteúdos são ameaçados (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 176), com prejuízos não só culturais como também socioeconômicos¹⁷.

Por sua vez, o interesse das plataformas pode-se resumir à liberdade de escolher o modelo de negócio que lhes sirva melhor (se implementarão filtros de *upload* ou um sistema de notificação, por exemplo); a não imposição de custos que onerem demasiadamente sua operação (como o monitoramento de milhões de dados ou os custos judiciais de um processo para a retirada de conteúdo); e a segurança jurídica (ou seja, a previsibilidade de riscos) para sua atuação diária. Outra demanda sensível para os provedores é poder exercer suas atividades nos limites de seus contratos de prestação de serviços, sem que sejam demandados a atuar como magistrados para decidir sobre a manutenção ou a remoção de conteúdos e eventuais colisões de direitos fundamentais (LEONARDI, 2012, p. 214).

Sem tais garantias, sua operação fica inviabilizada, gerando aqui também uma série de prejuízos socioeconômicos, como a inibição de novos negócios na internet e menores níveis de inovação na sociedade. Nas palavras de Getschko (2014, p. 15),

[a] ausência de salvaguardas aumenta tremendamente os custos para empreendedores, pequenas empresas e *startups* brasileiras, criando

¹⁷ Em 2017, as indústrias criativas brasileiras contribuíram com R\$ 171,5 bilhões (2,61%) para o PIB nacional e foram responsáveis pela geração de quase 840 mil empregos diretos (FIRJAN, 2019).

disparidades que inviabilizam a inovação nacional e afugentam investimentos estrangeiros. A insegurança jurídica sobre este tema tem sido um dos principais obstáculos ao desenvolvimento de serviços e plataformas nacionais na internet por pequenos empresários e empreendedores brasileiros, pois salvaguardas se aplicam a todos os provedores – grandes, médios ou pequenos – e são essenciais para o oferecimento de novos serviços e plataformas on-line.

Com relação aos usuários, assim considerados os que publicam conteúdos por meio dos serviços oferecidos pelos provedores de aplicações, seu interesse está ligado ao exercício de sua liberdade de manifestação de pensamento, inclusive críticas, o que inclui a manutenção de seu conteúdo on-line e sua proteção contra censura prévia ou remoções automáticas ou arbitrárias (LEONARDI, 2012, p. 214).

Por fim, a sociedade busca realizar seus direitos constitucionalmente tutelados de acesso à cultura, à educação e à informação, usufruindo ao máximo todas as potencialidades das tecnologias da informação e pela internet em particular (AFONSO, 2009, p. 84). Por isso, é necessário que seja amplo, diverso e livre o repositório de ideias com base no qual as novas obras serão criadas (BRANCO JÚNIOR, 2007).

Feitas essas considerações de cunho axiológico, passemos à formação conceitual de nosso modelo de responsabilidade civil.

4.3 Formatação conceitual

O trabalho parte da premissa de que o provedor de aplicações de internet não deve ser chamado a aferir a legalidade dos conteúdos de seus usuários. São três os motivos que justificam essa escolha. Em primeiro lugar, porque isso coloca o controle sobre a liberdade de expressão nas mãos de magistrados, que são constitucionalmente legitimados a deliberar sobre o assunto. Em segundo lugar, porque confere elementos de justiça ao processo de remoção, que passa a ser realizado por um terceiro imparcial, sob critérios objetivos, com transparência e observância das garantias processuais. E, em terceiro lugar, porque ela dispensa o monitoramento geral de conteúdos e traz segurança à atuação desses atores.

Assim, aos provedores cabe tão somente dar tratamento à notificação das vítimas, o que por sua vez pode assumir diversos formatos. Para o caso brasileiro, propomos que ela assuma a forma de três subobrigações.

A *primeira* delas é a de manter um mecanismo para recebimento de notificações de violações a direitos autorais, com a possibilidade de contranotificação pelo usuário. Por esse mecanismo, o titular que se sentir lesado poderá enviar notificação ao provedor, para que este a transmita ao usuário. Como visto no caso do Canadá, esse tipo de obrigação está sujeito a abusos pelos titulares, que dele se aproveitam

para incluir informações inverídicas ou ameaças em suas notificações. A fim de coibi-las, propomos que os formulários de notificação e de contranotificação tenham seu conteúdo padronizado pela pasta ministerial competente. Com isso, ganha-se também flexibilidade para a adaptação do conteúdo, caso a aplicação da lei demonstre a necessidade de outras informações não previstas pelo legislador.

Buscando privilegiar a liberdade de expressão e o princípio do contraditório, defendemos também que a notificação do titular não tem o condão de tornar de imediato indisponível o conteúdo questionado. O usuário, por sua vez, terá um prazo razoável, de 48 horas, para responder à notificação, escolhendo uma de três opções: (i) manter o conteúdo no ar, mediante apresentação de justificativa que defenda a legalidade do uso; (ii) retirá-lo voluntariamente¹⁸; ou (iii) sinalizar a vontade de regularizar¹⁹ o uso da obra. Caso o usuário não apresente contranotificação no prazo, o provedor deverá tornar a obra indisponível.

Como efeito dessa premissa, a decisão de manter ou bloquear uma obra que tiver sido tomada conforme o mecanismo acima só poderá ser revertida por decisão judicial. No entanto, é sabido que alguns titulares não têm condições de esperar até 48 horas para que um conteúdo deixe de estar disponível. Para resguardá-los, a proposta impõe uma *segunda subobrigação* aos provedores: a de que as pessoas jurídicas cujo objeto social esteja relacionado à exploração econômica de obras protegidas por direitos autorais tenham *status* especial, de forma que os conteúdos por elas notificados e que novos *uploads* de conteúdos idênticos sejam ambos suspensos pelo prazo de 24 horas, contado da notificação. Com isso, busca-se garantir aos que têm mais a perder pelo uso indevido de suas obras instrumentos à altura do seu potencial prejuízo.

Relativamente à suspensão imediata de conteúdos, vimos que um mecanismo similar foi sugerido pela Comissão Europeia e recebido com críticas. Aqui, porém, a exceção está mais equilibrada. Primeiro, porque a suspensão do conteúdo é feita em caráter preventivo, excepcional e reversível, de forma que pode ser tomada como medida proporcional à gravidade do dano. Segundo, porque o prazo de 24 horas é exíguo mas suficiente para que o titular consiga pleitear no Judiciário uma tutela de urgência para manter o conteúdo fora do ar. E, em terceiro lugar, porque não onera demasiadamente os provedores: a existência

¹⁸ Prevemos que tal opção será particularmente relevante para casos mais simples, como os que envolvem particulares e páginas pessoais (BRANCO JÚNIOR, 2007, p. 101).

¹⁹ De forma a incentivar a regularização do uso, os provedores são obrigados a oferecer essa opção ao titular. Aqui, pensamos essa regularização nos moldes do que já é praticado hoje pelo YouTube, que permite ao titular participar de uma porcentagem da receita de anúncios para vídeos que utilizem suas obras; mas as plataformas têm ampla liberdade de propor outros modelos de regularização.

de contas verificadas é prática comum do mercado, e aqui é facilmente constatável mediante a verificação do ato constitutivo da empresa – análise que pode ser feita inclusive de forma automatizada.

Com relação à obrigação de evitar novos *uploads* idênticos, ela parte da premissa de que o que deve ser protegido é o conteúdo, e não a URL. Ao contrário do afirmado no caso da União Europeia, porém, entendemos que aqui não nasce a obrigação de monitoramento prévio nem é demasiadamente onerosa, pois pode ser implementada mediante a simples comparação de códigos *hash*²⁰, deflagrada pela notificação,²¹ sem necessidade de qualquer análise humana. A comparação de códigos *hash* não captará conteúdos levemente modificados, mas tem o mérito por evitar os (caros e falhos) filtros *upload*, como uma primeira barreira para novos ilícitos. E, para os novos arquivos adaptados, o titular também poderá apresentar novas notificações para derrubá-los rapidamente.

Outra premissa que lastreia nossa proposta é a de que a responsabilização deve ser preferencialmente direta. Nesse sentido, depois de exaurido o mecanismo de notificação e contranotificação, resultando na manutenção da obra no ar, a *terceira e última subobrigação* do provedor deve ser a de informar ao titular os dados de identificação do usuário, para que aquele possa acionar este diretamente. Conforme informam Farias, Braga Netto e Rosenvald (2019, p. 953), este é um dever que decorre da vedação ao anonimato (art. 5º, inciso IV, da CRFB) – e não vislumbramos descumprimento da legislação de proteção de dados pessoais na medida em que a divulgação se dá por força de lei. Finalmente, e tendo como base as estatísticas do Google (2018), estimamos que será mínimo o recurso ao Judiciário.

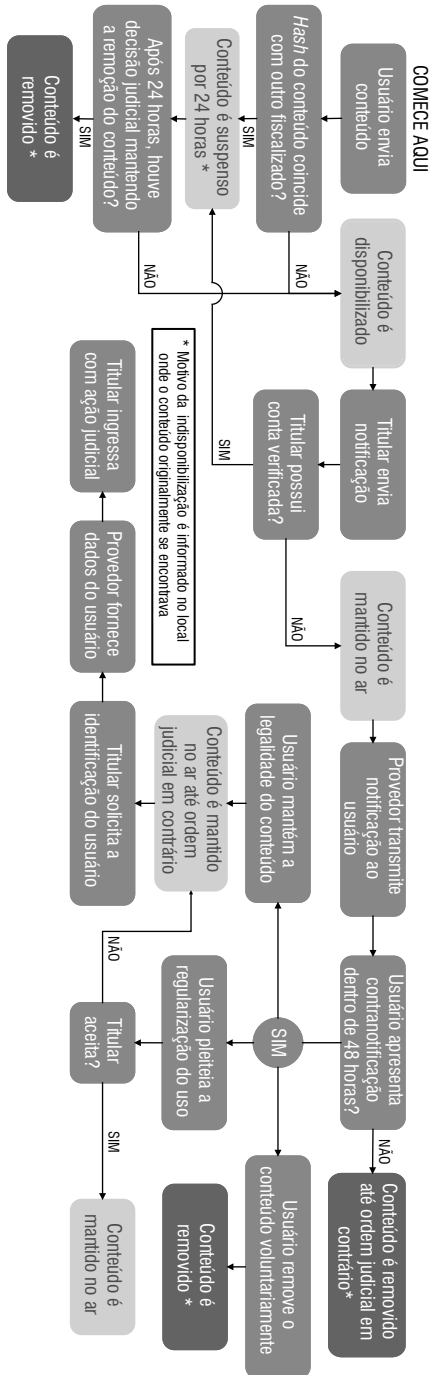
O Gráfico sintetiza o funcionamento do mecanismo de notificação e contranotificação para violações autorais envolvendo provedores de aplicações de internet. Note-se que, como forma de garantir a transparência do sistema, todas as remoções deverão ser informadas no endereço onde o conteúdo originalmente se encontrava.

²⁰ O código *hash* é um texto de tamanho fixo com informação numérica na base hexadecimal, obtido por função algorítmica, que resumidamente pode ser considerado uma “impressão digital” de determinado documento. Um exemplo de código *hash* é: D4956a-6bb548d996fa245318e150944a8789b3e10034d1d2325986ef03e3a40bb269d52caa1c18c-ce67ccc40b5f3193cc0aac2813313163a9022694a4ec6dcea. Dado que qualquer alteração num documento acarreta uma alteração no código *hash* original, esse texto é muito utilizado para aferir a integridade de documentos eletrônicos (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA, [2019?]). Entendemos que a comparação de códigos *hash* permite aos provedores identificar conteúdos 100% idênticos, com segurança e sem maiores intromissões no teor do documento.

²¹ Nossa proposta considera que o provedor deverá manter uma lista de códigos *hash* “sob investigação”, e que todo novo *upload* deverá ter seu código *hash* contrastado com a lista. Como resultado, não serão bloqueados conteúdos preexistentes, ainda que idênticos.

Gráfico

Proposta de mecanismo para a transmissão de violações autorais



Fonte: elaborado pela autora.

Cumpridas as três subobrigações, o provedor de aplicações de internet estará isento de responsabilidade civil pela violação autoral de seus usuários. Se cumpridas parcialmente,²² o provedor passa a ser responsável subsidiário pela infração autoral – ou seja, só poderá ser acionado caso o usuário não consiga satisfazer a indenização em sua integralidade. Em ambos os casos, é necessário também que o provedor esteja de boa-fé. Dessa forma, para os provedores cujo negócio esteja conscientemente visando à prática da pirataria, a responsabilidade será solidária, respondendo juntamente com o usuário.

Além disso, a proposta busca ser flexível. Advogamos que plataformas com até um milhão de visitantes mensais estejam liberados da obrigação de dar tratamento às notificações das vítimas. Tal critério justifica-se pelo fato de que o dano tende a ser proporcional à visitação; logo, tais plataformas representariam um menor potencial ofensivo. Além disso, plataformas menos visitadas tendem a ser de menor porte, ao que a obrigação de implementação desse mecanismo lhes acarretaria um ônus proporcionalmente maior, o que se pretende evitar.

A despeito de todas essas cautelas e ponderações, entendemos que é impossível a estruturação de uma solução jurídica que atenda a todas as partes interessadas em sua plenitude, dado que muitos dos interesses não são convergentes. Com efeito, o trabalho buscou atingir a conhecida Eficiência de Pareto, “um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante” (EFICIÊNCIA..., [2023]).

²² Segundo Farias, Braga Netto e Rosenthal (2019), o cumprimento parcial poderia ocorrer na forma de mecanismos inexistentes, que não funcionem quando necessário, que estejam pouco visíveis ou mesmo que sejam excessivamente burocráticos.

Em que pese a imposição de obrigações aos provedores de aplicações de internet, que tentamos tornar o menos onerosas possível, como contrapartida a eles foi dada segurança jurídica máxima, na medida em que: (i) não são obrigados a monitorar seus usuários em busca de possíveis violações, passando a agir apenas quando delas tomem ciência; (ii) não são chamados a deliberar sobre a legalidade dos conteúdos questionados; e (iii) têm parâmetros bastante objetivos de atuação e, conseqüentemente, de responsabilização.

Aos titulares forneceu-se um mecanismo de resposta rápida (em até 48 horas): a garantia de que as violações com maior potencial de dano terão uma resposta imediata e que conteúdos virais terão seu combate reforçado e, possivelmente, uma nova fonte de receita. A derrubada de conteúdos para contas verificadas sem contraditório foi uma medida concebida para auxiliar a vítima na busca pela reparação, em linha com as tendências mais recentes da Responsabilidade Civil e respeitando a prática das empresas, além de preservar o espírito do anteprojeto de 2010 do então Ministério da Cultura, que contou com amplo respaldo democrático.

Embora saibamos que os titulares ficariam mais satisfeitos com uma obrigação de evitar qualquer ato lesivo, nossa proposta buscou uma distribuição mais equânime da tarefa de perseguição de infrações. Assim, se de um lado o titular ainda teria de se ocupar de monitorar usos ilícitos de suas obras, pois essa obrigação é custosa demais para ser imposta integralmente ao provedor de aplicações, por outro lado ele passaria a contar com um valioso apoio dos provedores para tornar indisponíveis novos envios do mesmo arquivo já identificado e contestado.

Para os usuários, foi criado um mecanismo que privilegia a manutenção do conteúdo on-line, o qual somente poderá ser removido de

forma permanente por falta, por ato do usuário ou mediante análise judicial, com procedimentos claros e transparentes. Em particular, a proposta de se obstem novas infrações por meio da comparação de códigos *hash* afasta a vigilância contínua – substituindo-a por uma fiscalização específica – e evita os falsos positivos comumente encontrados no uso de filtros de *upload*. Na outra ponta, a revisão das decisões pelo Judiciário diminui o risco de abuso ao mecanismo de notificação. Como resultado, evitam-se as remoções arbitrárias e a censura, com ganhos para a liberdade de expressão e maior previsibilidade para a atuação dos usuários.

Em benefício da sociedade, privilegiou-se a disponibilização das obras, que somente poderão ser removidas após a apresentação de contranotificação ou o decurso de seu prazo. Além disso, os benefícios outorgados aos titulares tendem a incentivar o incremento da oferta de bens culturais, educativos e informativos disponíveis para consumo, ou mesmo para a criação de novas obras intelectuais, contribuindo para o desenvolvimento geral da população. Há ainda um benefício indireto, que deriva da autocomposição proporcionada pelo mecanismo, relacionado à liberação do Judiciário para concentrar-se em outros temas possivelmente mais urgentes.

5 Conclusão

Todos os dias na internet surgem novas formas e mecanismos de violação dos direitos autorais, enquanto os meios para sua repressão avançam, na melhor das hipóteses, muito lentamente. Nesse contexto, é “necessário garantir que o sistema de direitos autorais esteja funcionando corretamente, de modo a assegurar um cenário econômico, social, cultural e jurídico

propício não apenas para criadores e empreendedores, mas também para a sociedade em geral” (ROMEO, 2019). A responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet por violações de terceiros a direitos autorais é peça fundamental nessa equação; portanto, precisa ser urgentemente regulada.

Como primeiros passos nesse caminho, percorremos os principais conceitos necessários ao entendimento do tema. Viu-se que os direitos autorais compreendem direitos de caráter patrimonial e moral, que, se violados, geram danos passíveis de indenização. Assim, estão a princípio sujeitos a responsabilização civil os usuários que se utilizam das plataformas dos provedores de aplicações para divulgar obras alheias, sem autorização prévia.

Como a persecução direta desses indivíduos é muitas vezes pouco eficiente, não é incomum que os titulares desejem acionar as plataformas em seu lugar, o que tem sido chancelado pela maioria das legislações estudadas. Apesar disso, o risco de responsabilização é baixo, dado que todas elas estabelecem *safe harbours*, cumpridas determinadas obrigações, para os provedores, além de proibirem a instituição de uma obrigação geral de monitoramento.

Com a análise de todos os interesses envolvidos nessa questão, entendemos que a instituição da responsabilidade civil para os provedores de aplicações de internet pode ser um instrumento importante para garantir que esses atores zelem pelo cumprimento dos direitos autorais, uma vez que fornecem os meios para sua violação e podem até mesmo extrair vantagens econômicas do ilícito. Por isso, propomos que a legislação brasileira lhes imponha a obrigação de dar tratamento às notificações das vítimas. Em contrapartida a esse ônus, é também necessário que seus contornos estejam bem delimitados, de forma a não restringir injustificadamente sua atuação.

Na seção anterior, propusemos um regime de *safe harbour*, de inspiração canadense, para os provedores de aplicações de internet, desde que estejam de boa-fé e cumpram adequadamente a obrigação de dar tratamento à notificação das vítimas em seus três vieses. A proposta privilegia a manutenção do conteúdo on-line e a autocomposição das partes – sem, contudo, deixar desamparados os titulares que têm mais a perder. Espera-se com ela proporcionar segurança jurídica a todos os envolvidos, sem retirar do Judiciário a palavra final sobre violações autorais. Apesar de não atender plenamente a todos os interesses em jogo, seu resultado é suficientemente benéfico para todos os atores.

Por fim, não se pode deixar de notar que a questão da responsabilidade civil é apenas um de vários problemas que os direitos autorais enfrentam na internet. Há muitos outros debates em curso, como a remuneração dos titulares pelas plataformas, a transparência desses valores, a adaptação dos usos livres ao ambiente digital e a possibilidade de que titulares concedam licenças voluntárias amplas para suas obras. Assim – e apesar do necessário escopo restrito deste trabalho –, deixamos a recomendação para que eventual reforma da legislação autoral não se restrinja apenas à questão da responsabilidade civil, mas que tenha um olhar mais amplo, para também considerar outros desafios apresentados pelo ambiente digital.

Sobre a autora

Carla Frade de Paula Castro é mestra em Propriedade Intelectual pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Relações Internacionais pela UnB, Brasília, DF, Brasil; bacharela em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; assessora da Agência Brasileira de Promoção das Exportações e Investimentos.
E-mail: carlafpc@gmail.com

Este trabalho foi desenvolvido com base na dissertação de mestrado da autora, defendida na Universidade de Brasília em 2021.

Como citar este artigo

(ABNT)

CASTRO, Carla Frade de Paula. Responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais: uma proposta para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 141-171, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p141

(APA)

Castro, C. F. de P. (2023). Responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais: uma proposta para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 141-171. Recuperado de https://www12.senado.gov.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p141

Referências

ABRÃO, Eliane Y. O interesse público e o privado na propriedade intelectual. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 34, n. 131, p. 181-186, jul./set. 2008.

AFONSO, Otávio. *Direito autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009.

ALICEDA, Rodolfo Ignácio. A responsabilização dos provedores de aplicação por uso de marcas em links patrocinados: o entendimento dos tribunais para casos envolvendo o Google Adwords. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 143-165, maio/jun. 2019.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 97-116, abr./jun. 2015.

ANGELOPOULOS, Christina; QUINTAIS, João Pedro. Fixing copyright reform: a better solution to on-line infringement. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law: JIPITEC*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 147-172, 2019. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4913>. Acesso em: 18 jan. 2023.

ANGELOPOULOS, Christina; SMET, Stijn. Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. *Journal of Media Law*, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 266-301, Oct. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/17577632.2016.1240957>.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; LEITE, Beatriz Salles Ferreira. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 391-438, jul./dez. 2017. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2017V115P391. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/479>. Acesso em: 18 jan. 2023.

BIJOS, Leila Maria da Juda. Responsabilidade civil dos provedores pelos atos ilícitos praticados no âmbito da internet. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, [Maceió], v. 2, n. 2, p. [1-21], 2011. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/860>. Acesso em: 18 jan. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (Coleção Direitos Autorais e Temas Afins).

_____. Por que o Brasil precisa de uma nova Lei de Direitos Autorais? Tradução de Marianna Jardim. *ITS Feed*, [s. l.], Dec. 1, 2016. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/porqu%C3%AA-o-brasil-precisa-de-uma-nova-lei-de-direitos-autorais-dfdeb54a17ba>. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

CANADA. *Copyright Act: R.S.C., 1985, c. C-42*. An Act respecting copyright. [S. l.]: Justice Laws Website, [2022]. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/FullText.html>. Acesso em: 18 jan. 2023.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 506-531, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369428622>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622>. Acesso em: 18 jan. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito autoral e responsabilidade civil. *Revista da EMERJ*, [Rio de Janeiro], v. 4, n. 13, p. 43-50, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_on-line/edicoes/revista13/revista13_43.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020.

CHWARTZMANN, Alexandre Elman. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por infração de terceiros a direitos autorais*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/134563>. Acesso em: 18 jan. 2023.

COALIZÃO AL SUR. A Diretiva da União Europeia sobre direito de autor e seu impacto sobre os usuários na América Latina e no Caribe. Tradução de Luã Fergus. *Creative Commons Brasil*, [s. l.], Aug. 9, 2019. Disponível em: <https://br.creativecommons.net/2019/08/09/a-diretiva-da-uniao-europeia-sobre-direito-de-autor-e-seu-impacto-sobre-os-usuarios-na-america-latina-e-no-caribe/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

COMISSÃO publica orientações para implementação de artigo da Diretiva Europeia de Direitos autorais. *InternetLab: Semanário*, [São Paulo], 9 jun. 2021. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/semanario/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

COMMUNIA ASSOCIATION. A closer look at the final Commission guidance on the application of article 17. *Communia Association*, [s. l.], June 4, 2021a. Disponível em: <https://communia-association.org/2021/06/04/a-closer-look-at-the-final-commission-guidance-on-the-application-of-article-17/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. A final x-ray of article 13: legislative wishful thinking that will hurt user rights. *Communia Association*, [s. l.], Mar. 5, 2019. Disponível em: <https://communia-association.org/2019/03/05/final-x-ray-article-13-dangerous-legislative-wishful-thinking/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. Article 17 implementation guidance: strong user rights safeguards with a giant loophole. *Communia Association*, [s. l.], June 4, 2021b. Disponível em: <https://communia-association.org/2021/06/04/article-17-implementation-guidance-strong-user-rights-safeguards-with-a-giant-loophole/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

COPYRIGHT. In: WILMAP. [Stanford, CA]: Stanford Law School, Center for Internet and Society, May 14, 2018. Disponível em: <https://wilmap.stanford.edu/topics/copyright-0>. Acesso em: 18 jan. 2023.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2019a.

_____. Responsabilidade dos provedores de internet nas violações a direitos autorais: análise da legislação e precedentes jurisprudenciais. *JOTA*, [São Paulo], 29 mar. 2019b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/responsabilidade-dos-provedores-de-internet-nas-violacoes-a-direitos-autorais-29032019>. Acesso em: 18 jan. 2023.

EFICIÊNCIA de Pareto. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [São Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2023]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Efici%C3%Aancia_de_Pareto. Acesso em: 18 jan. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

FIRJAN. *Mapeamento da indústria criativa no Brasil*. Rio de Janeiro: Firjan: Senai, 2019. (Estudos e Pesquisas). Disponível em: <https://firjan.com.br/economiacriativa/downloads/MapeamentoIndustriaCriativa-Firjan2019.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

FROSIO, Giancarlo. To filter, or not to filter? That is the question in EU copyright reform. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, [New York], v. 36, n. 2, p. 331-368, 2017. Disponível em: https://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/2018/10/FROSIO_ARTICLE.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

GEIST, Michael. Notice the difference? New Canadian internet copyright rules for ISPs set to launch. *Michael Geist*, [Ottawa], Dec. 22, 2014. Disponível em: <https://www.michaelgeist.ca/2014/12/notice-difference-new-canadian-internet-copyright-rules-isps-set-launch/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

GETSCHKO, Demi. As origens do Marco Civil da Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12-17.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; BRAGA, Cristiano Prestes; ELTZ, Magnum Koury de Figueiredo. *Direito autoral*. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. v. 4.

_____. *Direito civil: direito das obrigações*. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. t. 2. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 6).

GONÇALVES, Victor Pereira. *Marco Civil da Internet comentado*. São Paulo: Atlas, 2017.

GOOGLE. *How Google fights piracy*. [S. l.]: Google, 2018. Disponível em: https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, [Salvador], v. 27, n. 2, p. 165-192, 2017. DOI: <https://doi.org/10.9771/rppgd.v27i2.25147>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147>. Acesso em: 18 jan. 2023.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. *Global music report 2018: annual state of the industry*. [S. l.]: IFPI, 2018. Disponível em: <https://www.fimi.it/kdocs/1922703/gmr-2018-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

IRAMINA, Aline. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por infrações a direitos autorais no Brasil: desafios e perspectivas. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias: RDTec*, São Paulo, v. 2, n. 4, jul./set. 2019.

KELLER, Paul. How filters fail (to meet the requirements of the DSM directive). *Communia Association*, [s. l.], June 12, 2020. Disponível em: <https://communia-association.org/2020/06/12/filters-fail-meet-requirements-dsm-directive/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

KUCZERAWY, Aleksandra. From 'notice and take down' to 'notice and stay down': risks and safeguards for freedom of expression. In: FROSIO, Giancarlo (ed.). *The Oxford handbook of on-line intermediary liability*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2020. p. 524-543. (Oxford Handbooks).

LAIDLAW, Emily B. Notice-and-notice-plus: a Canadian perspective beyond the liability and immunity divide. In: FROSIO, Giancarlo (ed.). *The Oxford handbook of on-line intermediary liability*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2020. p. 444-466. (Oxford Handbooks).

LARA, Juan Carlos; VERA, Francisco. Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet. *Policy Papers*, Santiago, CL, n. 3, p. 1-28, [201-]. Disponível em: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. [S. l.: s. n.], 2005. Disponível em: <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Responsabilidade-Civil-dos-Provedores-de-Servicos-de-Internet.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197-231. (Série GVlaw. Responsabilidade Civil).

LIMA, Jéssica Pinto. *Proposta legislativa na Lei de Direitos Autorais – LDA: limitações e exceções com o advento das novas tecnologias*. 2019. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35391>. Acesso em: 18 jan. 2023.

MAGRANI, Eduardo J. Guedes. Exceções e limitações no direito autoral brasileiro: críticas à restritividade da lei brasileira, historicidade e possíveis soluções. *Revista da EMARF*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 147-198, maio/out. 2019. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfol30.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

MASNICK, Mike. EU Commissioner Gunther Oettinger admits: sites need filters to comply with article 13. *Techdirt*, [s. l.], Apr. 3, 2019. Disponível em: <https://www.techdirt.com/2019/04/03/eu-commissioner-gunther-oettinger-admits-sites-need-filters-to-comply-with-article-13/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. Intermediários de internet e liberdade de expressão: o mapa da busca de um delicado equilíbrio regulatório. *Dissenso.org*, [s. l.], 6 jun. 2018. Disponível em: <https://dissenso.org/intermediarios-de-internet-e-liberdade-de-expressao-o-mapa-da-busca-de-um-delicado-equilibrio-regulatorio/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

NOTICE and notice regime. *Government of Canada News*, [s. l.], June 17, 2014. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/news/archive/2014/06/notice-notice-regime.html>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PANZOLINI, Carolina Raquel Leite Diniz. *Direitos autorais: aspectos essenciais e tendências*. 2018. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/34485>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2009. (FGV Jurídica). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualização de Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa de. A polêmica em torno do artigo 13 da Diretiva europeia sobre direito autoral. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 21 mar. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opinia-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral>. Acesso em: 18 jan. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIIS, Thomas; SCHWEMER, Sebastian Felix. Leaving the European safe harbor, sailing towards algorithmic content regulation. *Journal of Internet Law*, [s. l.], v. 22, n. 7, p. 1-14, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3300159>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300159. Acesso em: 18 jan. 2023.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 817-845.

ROMEO, Bruno. Ministério da Cidadania abre consulta pública sobre reforma da Lei de Direitos Autorais. *CRB 8*, [s. l.], 8 jul. 2019. Disponível em: <https://crb8.org.br/oldsite/ministerio-da-cidadania-abre-consulta-publica-sobre-reforma-da-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O controle *on-line* para coibir violações de direitos autorais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coord.). *Direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 281-312. (Série GVlaw. Propriedade Intelectual).

_____. Responsabilidade civil do provedor pela violação de direitos intelectuais na internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233-271. (Série GVlaw. Responsabilidade Civil).

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Reforma da Lei de Direitos Autorais*. Curitiba, nov. 2019. 21 slides.

_____. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 791-816.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*: volume único. São Paulo: Método, 2018.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no Marco Civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 59-83, jun./set. 2015.

TIPOS de atos legislativos europeus. *Comissão Europeia*, [s. l., 20--]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_pt. Acesso em: 18 jan. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], n. 178, p. 1-16, 17 jul. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019. Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], n. 130, p. 92-125, 17 maio 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=PT>. Acesso em: 18 jan. 2023.

UNITED STATES. Copyright Office. *Section 512 of Title 17: a report of the register of copyrights*. [Washington, DC]: U.S. Copyright Office, 2020. Disponível em: <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. *Anexo III*: procedimentos para obter o código *hash*. Santa Maria, RS: UFSM, [2019?]. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/399/2019/07/Anexo-III-Procedimentos-para-obter-o-código-hash.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

VALENTE, Mariana Giorgetti. Direito autoral e plataformas de internet: um assunto em aberto. *InternetLab*, [s. l.], 18 abr. 2019a. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/especial/direito-autoral-e-plataformas-de-internet-um-assunto-em-aberto/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

_____. Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a internet? *JOTA*, [São Paulo], 26 mar. 2019b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>. Acesso em: 18 jan. 2023.

VALERIO, Ygor. Uma anedota búlgara: um panorama dos procedimentos de retirada de conteúdo *on-line*. *Migalhas*, [s. l.], 13 ago. 2013. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184194/uma-anedota-bulgara--um-panorama-dos-procedimentos-de-retirada-de-conteudo-on-line>. Acesso em: 18 jan. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. v. 2.

YOUTUBE para imprensa. *In*: YOUTUBE. [San Bruno, CA: Alphabet Inc., 201-]. Disponível em: <https://www.youtube.com/intl/pt-BR/yt/about/press/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais

VITOR OTTOBONI PAVAN
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

Resumo: O artigo tem por objetivo indicar um significado conforme a boa-fé para o cânone hermenêutico previsto no inciso V do § 1º do art. 113 do Código Civil, incluído pela Lei de Liberdade Econômica. Utiliza o método dedutivo e a análise bibliográfica. Compreende que a Economia pode interagir com o Direito como um ferramental útil no processo de interpretação dos negócios jurídicos contratuais, desde que filtrada pela linguagem jurídica e conformada axiologicamente. Conclui que o cânone hermenêutico estudado orienta à verificação em concreto de um sentido que direcione as partes de modo cooperativo à realização da finalidade do negócio e tutele a confiança reciprocamente depositada por elas, observando as razões econômico-sociais do contrato.

Palavras-chave: liberdade econômica; autonomia privada; boa-fé objetiva; economia do contrato.

Economic rationality at contract interpretation

Abstract: This paper aims to set a meaning according to good faith to the hermeneutical canon inserted by the Economic Freedom Act in the art. 113, § 1º, V of the Civil Code. Adopts the deductive method and bibliographical analysis. Comprehends that economics can interact with law as a useful tool in the contract interpretation process if it has been filtered by the juridical language and shaped axiologically. Concludes that the studied hermeneutical canon guides to the verification in concrete of a meaning that leads the parties in a cooperative way towards the realization of the contract purpose and protects the reciprocal reliability of the parties, observing the economic-social reasoning of contract.

Recebido em 29/9/22
Aprovado em 26/12/22

Keywords: economic freedom; private autonomy; good faith; contract economic.

1 Introdução

As alterações promovidas no art. 113 do Código Civil (CC) trouxeram indagações sobre a forma de preenchimento dos significados dos conceitos que formam os cânones hermenêuticos inseridos no § 1º desse artigo.

Entre estes, especial relevo se dá ao inciso V, que trata da busca pela “razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (BRASIL, [2022b]). A nova redação levanta questões importantes, que não podem ser enfrentadas sem antes se compreender o contexto no qual o texto foi elaborado.

Considerando a vocação capitalista, mas também social e democrática da República brasileira, é relevante o tema da liberdade econômica e dos contratos num contexto de economia de mercado, tendo sempre como vértice sistematizador a axiologia constitucional.

Em que pese o art. 113 do CC ser aplicável a todos os tipos de negócios jurídicos, o estudo apresenta breve inclinação àqueles de natureza contratual, dada sua predominância no tráfego jurídico e sua mais íntima relação com os aspectos econômicos indicados no próprio cânone hermenêutico sob análise.

Perpassando a Lei de Liberdade Econômica, a boa-fé objetiva e as análises em Direito e Economia encontram-se fundamentos que auxiliam na delimitação de espaços e filtros necessários às interações intrassistemáticas e intersistemáticas que ocorrem no preenchimento do conteúdo semântico da cláusula geral de boa-fé e do conceito indeterminado de racionalidade econômica das partes.

Por meio do método dedutivo e procedimento de pesquisa bibliográfico, parte-se do princípio da boa-fé, previsto no art. 113 do CC, em sua função hermenêutica, e chega-se a uma solução em termos de linguagem jurídica, para delinear o sentido de seus parágrafos e incisos, inseridos pela Lei de Liberdade Econômica. Trata-se de não ignorar os signos econômicos, mas traduzi-los em conceitos técnicos passíveis de serem operados, evitando, assim, a pura aplicação de conceitos econômicos às relações jurídicas, sem, com isso, ignorar a sua relevância para as relações negociais.

2 A Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé

A Medida Provisória (MP) nº 881, de 2019, apresenta em seu sumário o objetivo de “dar maior liberdade para os particulares exercerem atividades

econômicas, reduzindo os entraves impostos por intervenções do Poder Público e prestigiando a autonomia da vontade na celebração de contratos e outros negócios” (BRASIL, 2019, p. 2). Ainda que a preocupação originária seja “deixar claras as ‘regras do jogo’ no âmbito da Administração Pública perante os particulares envolvidos em atividade econômica” (BRASIL, 2019, p. 3), ou seja, afeta às relações regulatórias entre o Estado e os agentes que exercem atividade econômica, trouxe também alterações sensíveis aos agentes nas relações interprivadas, “prestigiando, acima de tudo, a independência e o senso de responsabilidade deles” (BRASIL, 2019, p. 6).

A MP nº 881, de 2019, foi posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20/9/2019, denominada *Lei de Liberdade Econômica* (LLE), com diversas alterações em seu texto original, inclusive com a inserção de dois parágrafos no art. 113, a alteração da redação do art. 421 e a inclusão do art. 421-A, todos do CC.

Mesmo que a defesa da liberdade econômica como posta na LLE não equivalha à defesa de um *laissez-faire* econômico, o que nem mesmo defensores de um liberalismo econômico hayekiano sustentam (YEUNG, 2020, p. 80), é evidente que há um fundo ideológico liberalista na lei e que é necessária a análise daquelas alterações no momento em que ela promove também incursões no âmbito das relações negociais interprivadas.

Buscando a desburocratização e a facilitação do desempenho da atividade econômica pelos particulares, a lei estabeleceu uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica voltados à garantia de um livre mercado (MAIA, 2019, p. 5) – o que, aparentemente, representaria a adoção de uma compreensão de liberdade econômica tributária dos pressupostos do liberalismo econômico que “não são apenas parciais, enviesadas e reducionistas, como desconhecem

por completo a ordem econômica constitucional brasileira” (FRAZÃO, 2020, p. 91).

A crítica à adoção de pressupostos do liberalismo econômico não ignora a necessidade de valorizar o empreendedorismo e a necessidade de regular de forma adequada as relações entre Estado e mercado. Contudo, não se pode assumir uma superioridade hierárquica da livre-iniciativa frente a outros princípios constitucionais, inclusive os de ordem econômica que fundam o Estado Democrático de Direito. Desse modo, é inafastável que “a Constituição brasileira não apenas não coloca a livre-iniciativa em nenhuma posição de supremacia diante dos demais princípios constitucionais, como deixa claro que ela precisa ser integrada com a valorização social do trabalho e com a justiça social” (FRAZÃO, 2020, p. 98).

Esse desconhecimento também se estende ao Direito Privado. Tratando da LLE, Marcos Pereira, primeiro vice-presidente da Câmara dos Deputados à época da votação da LLE, afirma que a lei acarretou significativas modificações no CC para o empreendedor brasileiro, voltadas a conferir segurança jurídica e estabilidade às relações empresariais – entre as quais a previsão de presunção de boa-fé dos atos praticados por empresários, que “nunca fez parte das relações empresariais ou das atividades praticadas pelo empresário”, pelo que “ocorre em boa hora até mesmo para inserir no direito empresarial o mesmo instituto e tratamento já conferidos aos demais ramos do direito civil” (PEREIRA, 2020, p. 48).

Ora, antes mesmo da previsão da boa-fé objetiva como cláusula geral no CC, o instituto já era reconhecido e aplicado no Direito Comercial (antes, pois, do Código Civil de 1916), apreendido pela doutrina do Direito Comercial em sua concepção objetiva e apontado como exercente de um papel central no Código Comercial de 1850 (FORGIONI, 2015, p. 123-129). O papel

da boa-fé objetiva nos contratos empresariais continuou relevante com o Código de 2002 e a unificação das obrigações civis e comerciais¹, de modo que a LLE nada apresenta de novo. Não é o CC o responsável pelas dificuldades dos agentes econômicos no Brasil; ao contrário, verifica-se que as medidas que a LLE tentou estabelecer (autonomia privada, boa-fé, identificação e alocação de riscos, excepcionalidade da revisão contratual e autonomia patrimonial das pessoas jurídicas) já são conceitos conhecidos, desenvolvidos e aplicados nas relações privadas (TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, p. 489). A boa-fé objetiva, assim, está e sempre esteve presente nas relações civis e comerciais do Direito brasileiro, nem sempre com o mesmo significado, com a mesma densidade ou com as mesmas funções. Não é, com certeza, um conceito inovador ou antes desconhecido da teoria dos contratos civis e empresariais.

Não só: o inciso V do art. 3º da LLE (BRASIL, [2022c]) aponta como, em diversos aspectos, a lei carece de melhor técnica legislativa e ignora o desenvolvimento da doutrina sobre o conceito de boa-fé objetiva² ao tentar criar uma presunção de boas intenções, gerando confusão entre os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva, há muito separados, e conferindo a um estado de fato (estado psicológico do agente) a qualidade de norma de interpretação (MARTINS-COSTA, 2019, p. 127-128).

O dispositivo, apontado como a invenção da boa-fé do empresário, portanto, não só ignora a aplicação da boa-fé objetiva nas relações empresariais, como repete outra máxima já consolidada no Direito em geral: a de que a má-fé não se presume, mas deve ser provada. Trata-se, na verdade, de disposição que, conquanto aponte para “as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial”, não tem aplicabilidade prática, pois “a boa-fé subjetiva seria decorrência da boa-fé objetiva”, ou seja, suporte fático para a aplicação de um conjunto normativo que é a cláusula geral de boa-fé objetiva no Direito Privado. Inadvertidamente, portanto, a previsão do inciso V do art. 3º da LLE tratou como cânone interpretativo um estado de fato, um suporte fático de aplicação de uma norma jurídica (MARTINS-COSTA, 2019, p. 127), um estado psicológico em que o agente ignora estar lesando direitos ou interesses alheios, convicto de estar respeitando o Direito.

Assim, para fins do presente estudo, essa norma não é relevante, por tratar da boa-fé subjetiva, a qual não se configura como norma de conduta (ou interpretativa), mas como suporte fático para a aplicação

¹ O que, apesar das polêmicas, era defendido por Caio Mário da Silva Pereira na construção de seu *Anteprojeto de Direito das Obrigações* sob o argumento de que “não existia razão científica para que se submetessem a regimes diferentes relações jurídicas de natureza idêntica, em razão apenas do caráter subjetivo de seus integrantes” (PEREIRA, 2001, p. 235).

² Sobre o percurso da boa-fé no Direito brasileiro, ver Pinheiro (2015b).

de regras e princípios, não podendo ser utilizada como cânone hermenêutico, senão apenas como regra de presunção legal relativa afeta ao ônus da prova (MARTINS-COSTA, 2019, p. 131), o que reflete o brocardo consagrado de presunção da boa-fé, já citado. Não se pode, assim, confundir a boa-fé objetiva como *standard* hermenêutico, dotada de caráter normativo e valência prescritiva, com a boa-fé mencionada no art. 3º, V, da LLE, de modo que o dispositivo, pela inadequação e incoerência expostas, não deve influenciar a interpretação dos negócios jurídicos. Relevante para o presente trabalho é a boa-fé objetiva.

Quando entrou em vigor em janeiro de 2003, o CC dispunha sobre a interpretação do negócio jurídico entre seus arts. 110 a 114, prevendo especificamente no art. 113 o seguinte: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, [2022b]). Condizente com a explicação do negócio jurídico com fundamento na teoria da confiança, essa inserção representou a adoção da cláusula geral de boa-fé objetiva como instrumento hermenêutico das relações negociais (ALVES, 1999).

Isso não significa que a boa-fé objetiva vá atuar sozinha como cânone hermenêutico, mas estará conjugada a outros *standards* que permitirão aferir concretamente se a solução interpretativa alcançada é de boa-fé, conferindo respostas adequadas a problemas concretos e individuados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 489). A boa-fé dialoga com a autonomia privada, o equilíbrio contratual, a função social do contrato, as disposições específicas dos contratos típicos – enfim, com outros cânones hermenêuticos aplicáveis aos negócios.

Por sua vez, nenhuma das normas de Direito Privado pode ser lida descolada do sistema jurídico em que estão inseridas, um sistema axiologicamente ordenado pela Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Considerando que a Constituição garante a unidade do ordenamento jurídico, não formalmente, mas axiologicamente (PERLINGIERI, 1991, p. 200), é preciso compreender o alcance das alterações promovidas pela LLE no art. 113 do CC³ à luz da legalidade constitucional e sua coerência com a própria lei civil, com uma visão crítica e coerente com o contexto histórico-social brasileiro.

Chama atenção, especialmente, o disposto no inciso V do § 1º do art. 113, por trazer como critério para a interpretação e/ou integração do negócio jurídico a remissão do intérprete à *racionalidade econômica das partes*, conceito que *a priori* se apresenta como externo ao sistema jurídico e próprio da Ciência Econômica, o que justifica a dedicação maior a essa alteração.

3 A racionalidade econômica das partes e a interação do Direito com a Economia

Com base no art. 422 do CC, o Enunciado nº 27 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça já previa que, “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas

³ Trata-se da inclusão dos §§ 1º e 2º: “1º A interpretação do negócio jurídico deve-lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III – corresponder à boa-fé; IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” (BRASIL, [2022b]).

com outros estatutos normativos e fatores meta-jurídicos” (AGUIAR JÚNIOR, [2003], p. [40]).

A própria natureza de cláusula geral da boa-fé objetiva no CC já permitia que ela se apresentasse como instrumento para essa troca de dados com outras esferas que não o sistema jurídico. Aliás, na justificativa daquele Enunciado encontra-se importante direcionamento que corrobora o já dito quanto ao reconhecimento do alcance da boa-fé para os negócios empresariais:

A estrutura e a metodologia adotadas pelo Código conduzem à potencial expansão de seus princípios *de* e *para* dentro do próprio Código, *de* e *para* outros estatutos normativos e *de* e *para* instâncias extra-jurídicas. Assim, a cláusula geral do art. 422 se deve projetar sobre toda a matéria contida no Livro I (Direito das Obrigações) e ainda no Livro II (Direito de Empresa), com o qual aquele se encontra estrutural e funcionalmente ligado (AGUIAR JÚNIOR, [2003], p. [165], grifos do autor).

A estrutura e a metodologia indicadas são a adoção de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e aberturas sistemático-normativas que permitem o intercâmbio intra e extrassistemático, compreendendo que, apesar de denominado *Código*, este já não se compreende como um ambiente fechado em si, como na modernidade. O cuidado está em como realizar esse relacionamento com fatores não jurídicos, como a Economia.

A LLE incluiu a racionalidade econômica das partes como elemento a ser ponderado pelo intérprete na atribuição de um sentido ao negócio jurídico que seja conforme a boa-fé. Ou seja, criou regra de interpretação antes não prevista, já que – ainda que o art. 113 do CC sempre se tenha referido à boa-fé – a expressa remissão à racionalidade econômica como elemento de construção desse sentido conforme a boa-fé é em partes uma novidade. Isso desperta o debate sobre as relações entre o Direito e a Economia.

Toma-se como premissa que não se trata de expurgar de plano qualquer tentativa de aproximação entre o Direito e a Economia, como se o Direito fosse um sistema hermeticamente fechado e autossuficiente que prescindisse de qualquer elemento metajurídico para sua interpretação e concreção. Considera-se, entretanto, que a aproximação entre o Direito e a Economia deve ser feita de modo a respeitar a natureza axiológica do sistema jurídico constitucional, ou seja, aproveitar o que a Economia em suas diversas vertentes tem a oferecer ao Direito como instrumental para a realização dos objetivos que o ordenamento jurídico se propõe (NALIN; PAVAN, 2021, p. 26). Deve ser repelida qualquer tentativa de colonização do Direito pela Economia, considerando que o primeiro é um sistema axiológico com linguagem e fundamentos próprios, nem sempre coincidentes com o sistema econômico, sem que isso signifique total impossibilidade de comunicação intersistemática.

Essa não aversão automática às interações do Direito com a Economia (D&E) somente é possível se tomadas algumas precauções. A primeira é compreender que, ao se tratar de ligações entre a Economia e o Direito, não se faz referência unicamente à construção da Escola de Chicago, uma das vertentes em D&E, que tem por princípio a aplicação da análise microeconômica ao Direito, centrada principalmente em critérios de eficiência alocativa com base no agir racional dos indivíduos num ambiente de mercado ou não mercadológico (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 13). As análises em D&E não são uniformes, muito menos incontestes; há inúmeras divergências e diferentes abordagens, como a Escola de New Haven, voltada ao estudo do ambiente regulatório do Estado de bem-estar social, fundado na análise das políticas públicas e na *social choice theory* (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 79), inclusive refutando o critério de eficiência elaborado pela Escola

de Chicago. Em oposição mais radical a esta, é possível citar também os Critical Legal Studies, movimento que se opôs criticamente ao liberalismo, questionando filosófica e politicamente os seus pressupostos de modo a demonstrar as situações de falência do sistema liberal frente às realidades sociais (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 158). No campo mais amplo da Economia há também uma diversidade de escolas, teorias e abordagens que oferecem diferentes soluções para um mesmo problema. Cite-se, por exemplo, a Nova Economia Institucional, que, reconhecendo criticamente a insuficiência dos postulados neoclássicos, propõe o aprimoramento destes com base em três postulados: a assimetria informacional, a questão dos custos de transação e o papel das instituições no desempenho econômico (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 33-34).

Por fim, destaca-se a Behavioral Economics, que, centrada na compreensão dos comportamentos humanos e na sua relação com a economia, permitiu afastar a imagem do *homo economicus*, justamente aquele agente racional que pauta todas suas decisões na maximização de seu bem-estar com base numa avaliação de utilidade (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1.476) – o que a distancia da construção de um modelo racional de sujeito da economia clássica e neoclássica. Quer dizer: mesmo na Ciência Econômica, a definição do que seria uma racionalidade econômica é passível de diferentes abordagens, o que, em vez do objetivo buscado pela alteração, só traz insegurança para a interpretação do negócio jurídico.

Mesmo Posner, após críticas à sua abordagem econômica do Direito inicial, acabou concluindo em um dado momento que a noção de eficiência não constituía um critério operativo suficiente na avaliação das questões enfrentadas pelo Direito, tampouco que a noção de eficiência deveria sobrepor-se a outros valores da sociedade (SALAMA, 2008, p. 58).

A segunda é compreender que, ao se referir à Economia, não se pode reduzir a sua interação com o Direito à busca da eficiência, mesmo porque a própria definição do que vem a ser eficiência para a Ciência Econômica não é pacífica, menos ainda para o Direito (BRANDELLI, 2011). A ideia de análise da eficiência como objetivo que pressupõe a existência de agentes que realizem escolhas racionais num ambiente livre de intempéries buscando maximizar a utilidade num ambiente de recursos escassos ignora, contudo, que as pessoas fazem escolhas ruins, que frequentemente estão em condições de *déficit* de liberdade e que, por vezes, a escolha pode ser questão de mera sobrevivência e não de maximização de uma utilidade.

Assim, como bem reconhecido pelos partidários de uma análise econômica do Direito⁴, o critério de eficiência e a própria análise econômica não são suficientes, por si sós, para fornecer respostas às demandas do sistema jurídico⁵. Outro equívoco comum é concluir que a eficiência nas análises de D&E é orientada por uma busca pelo ótimo de Pareto; em verdade, nessa área há muito mais crítica quanto a esse critério, optando-se comumente pela análise da eficiência, quando necessária, pelo conceito de eficiência de Kaldor-Hicks (YEUNG; RODRIGUES, 2021, p. 4). Mesmo porque alcançar um ótimo de

⁴Uma das principais estudosas em Direito e Economia no País, em artigo de coautoria, alerta: “Ainda há uma interpretação rasa ao reduzir a AED tradicional à busca pela eficiência. Mostra desconhecimento do que significa o método econômico, trazendo mais confusão do que clareza ao empregar o conceito desgastado e mal compreendido de ‘eficiência’, sem explicá-lo” (YEUNG; RODRIGUES, 2021, p. 3).

⁵Nesse sentido, adverte Araújo (2008, p. 99): “Não queremos de modo algum afirmar, ou sequer sugerir, que a análise econômica seja suficiente para recobrir todas as incidências do regime jurídico dos contratos, para espelhar todos os interesses em jogo, para fundamentar todas as soluções ou para perspectivar todas as evoluções doutrinárias e legislativas – e menos ainda queremos pretender que a abordagem econômica do tema seja isenta dos seus próprios riscos, vícios e limitações”.

Pareto significaria uma solução em que não há perdas para nenhuma das partes, e, por vezes, o Direito pode demandar soluções em que perdas individuais sejam necessárias para justificar ganhos sociais maiores por meio de um sistema de compensação social (BOTELHO, 2016, p. 31).

Portanto, uma pluralidade de abordagens, conceitos, teorias e definições tanto na Ciência Econômica quanto nas abordagens de D&E afasta uma percepção monista, pacífica e estável que permita uma tranquila absorção pelo Direito de um conceito econômico puro a ser aplicado como instrumento de solução na interpretação e integração dos negócios jurídicos. Desse modo, qualquer construção que tente – com base na inserção da expressão *racionalidade econômica* no art. 113, § 1º, V do CC – defender uma colonização do Direito pela Economia (isto é, indicar que estaria aberto ao intérprete pautar-se em critérios puramente econômicos para decidir) significa legar a um critério fixado de modo externo ao Direito o papel de norte a ser alcançado pelo Direito Privado, o que representaria colocar o Direito Privado (compreendido como inserido na ordem axiológica constitucional) num papel de subsidiariedade e até dispensabilidade, capaz de ser moldado pela Economia (DRESCH, 2008, p. 194).

O problema daí advindo é que – ao se permitir uma definição extrassistemática do conceito de racionalidade econômica, considerando que não há sequer na Ciência Econômica um acordo semântico quanto a esse conceito – cria-se mais uma dificuldade na já tormentosa missão de interpretar os negócios jurídicos por meio do preenchimento da cláusula geral de boa-fé objetiva. Não se quer com isso afastar qualquer interação do Direito com a Economia. Alguns dos mencionados pressupostos da Nova Economia Institucional e da Economia Comportamental, por exemplo, podem ser de grande valia para a interpretação dos negócios, mas o ingresso

desses elementos metajurídicos na conformação do sentido da boa-fé objetiva deve ser mediado pela linguagem jurídica.

Não se pode também permitir a substituição do Direito pela Economia, como se os conceitos econômicos fossem oferecer as soluções para todos os problemas enfrentados pelo Direito por meio da busca da eficiência econômica. Não se pode substituir a busca do justo pela busca do eficiente. É preciso, portanto, afastar essa

estranha e difundida visão que substitui o direito pela economia, fazendo da “eficiência econômica” um paraíso a ser alcançado pela estrada da econometria. Como em um filme de Tim Burton, a Rainha de Copas lúgubre e histórica, que intercala ordens de “cortem-lhe a cabeça!” com outras de “rodem o modelo!” (FORGIONI, 2017, p. 20).

Buscando na experiência de outros espaços do sistema jurídico em que a interação do Direito com a Economia já se deu de forma mais aprofundada, encontra-se justamente o efeito que se procura evitar com os argumentos aqui expostos. Frazão (2017) aponta que a colonização do Direito Antitruste pelo modelo desenvolvido por Robert Bork na Escola de Chicago (mesma escola dos teóricos da Análise Econômica do Direito, fundada na economia neoclássica) afastou desse ramo do Direito no Brasil discussões mais aprofundadas sobre aspectos substantivos da axiologia constitucional, que foram “eclipsadas pela metodologia econômica que passou a ser dominante” (FRAZÃO, 2017, p. 42).

Na interpretação dos negócios jurídicos contratuais, por conseguinte, as alterações promovidas pela LLE não podem servir de pretexto para essa colonização pela eficiência econômica, em razão do risco de tal movimento afastar o Direito Civil da axiologia constitucional na qual está inserto – o que é contrário à própria razão

de ordenação do sistema. A natureza deontológica e vinculante dos princípios constitucionais que fundamentam e permeiam o Estado Democrático de Direito impede que se promova esse afastamento por meio da colonização do Direito pela metodologia econômica (FRAZÃO, 2017, p. 46-47).

Como a expressão *racionalidade econômica* é um conceito indeterminado (NALIN; PAVAN, 2021, p. 31) – cujo preenchimento encerra a operação hermenêutica e dispõe de um campo de atuação do intérprete mais restrito que o de cláusula geral –, o instrumental econômico pode fornecer elementos para preencher esse significante, como o desincentivo a comportamentos oportunistas, a resposta a estímulos comportamentais, passíveis de absorção coerente pelo Direito ou tradução em linguagem jurídica.

As abordagens em D&E apresentam-se, pois, como importantes meios de complementaridade (DRESCH, 2008, p. 201) na compreensão dos negócios jurídicos, em especial os de natureza contratual e empresarial, fornecendo um ferramental que pode e deve ser utilizado na construção de soluções para os problemas cotidianos – aqui, especialmente, na interpretação dos negócios jurídicos –, desde que compatíveis com a axiologia do Direito.

4 A definição de racionalidade econômica conforme a boa-fé

A abertura do sistema jurídico às interações com o sistema econômico acarreta um problema: a tradução dos conceitos econômicos em conceitos jurídicos ou a justificação racional da aplicação de uma concepção econômica numa decisão jurídica.

O imaginário de segurança jurídica que decorre do monismo das fontes e da limitação do intérprete às arestas do cercado textual

da norma é típico de um positivismo clássico, inadequado para uma sociedade marcada pela pluralidade, pela ampliação do espaço de debate público (a virtualização da ágora) e pela proliferação de pretensas fontes normativas.

A influência de fatores metajurídicos na construção do Direito é cada vez mais latente; isso não pode significar, entretanto, permitir a substituição absoluta da linguagem jurídica por elementos de outras ciências, sem que a inserção desses elementos extrassistemáticos seja conduzida por um processo argumentativo de adequação, em que fatores como a racionalidade econômica sejam traduzidos num instrumental útil para a realização teleológica do Direito.

O preenchimento semântico da expressão *racionalidade econômica das partes* – ou seja, a operação hermenêutica pela qual o significado será estabelecido para aplicação no caso concreto – deverá ser fundado numa justificação argumentativa, considerando a unidade axiológica do sistema jurídico e as peculiaridades do caso concreto.

A racionalidade econômica das partes – como um dos elementos formadores de um cânone hermenêutico que cabe ao intérprete a definir conforme a boa-fé – atribui ao ponto de interpretação do negócio jurídico o sentido que for mais próximo possível daquilo que as partes mesmas teriam previsto sobre a questão debatida, considerando as demais disposições do negócio e a racionalidade econômica das partes, e as informações a que ambas tinham acesso no momento da celebração.

Não basta, contudo, demonstrar que a interpretação alcançada é somente a mais adequada para o caso concreto, sem considerar outros impactos sociais que podem estar envolvidos na contenda analisada, pois “o conceito jurídico de contrato agora sujeita explicitamente a hermenêutica contratual a questões sociais amplas” (KLEIN, 2015, p. 16).

O processo argumentativo, e não a definição de sentido arbitrária e desvinculada de qualquer meio de justificação pelo intérprete, é o que traz a segurança jurídica. Não é mais apenas o exercício pleno de espaços de liberdade negativa pelos contratantes que representa o respeito à autonomia privada e, por consequência, à liberdade e à segurança dos pactos.

Como aduz Klein (2015, p. 141), “no âmbito da teoria da argumentação jurídica, a racionalidade da argumentação diz respeito à observância de determinados critérios ou procedimentos”, sendo que a racionalidade da argumentação se afasta da já criticada racionalidade econômica dos neoclássicos, ligada ao utilitarismo benthamiano e à racionalidade weberiana. Na verdade, em razão da axiologia constitucional, o modelo de negócio jurídico contratual objeto de interpretação apresenta uma pluralidade de fundações que diverge do modelo clássico voluntarista, e essas diferentes fundações (função social do contrato, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e autonomia privada) interagem e aumentam a complexidade do sistema, principalmente considerando também a interação com elementos metajurídicos como a Economia (KLEIN, 2015, p. 222).

No iter argumentativo, a justificativa da interpretação alcançada se dá em argumentos concretos e não genéricos. Isto é, as premissas não devem ser questões puramente formais, mas permitir que se busque um juízo avaliativo da realidade (KLEIN, 2015, p. 222), que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto e os acervos capacitatórios para o exercício das liberdades pelas partes envolvidas.

Desse modo, o princípio da boa-fé apresenta-se como importante instrumento para a construção dessa argumentação pelo intérprete a fim de buscar “o significado juridicamente relevante do contrato a partir da linguagem utilizada pelas partes na construção e aperfeiçoamento

do acordo” (BENACCHIO, 2011, p. 362), principalmente como mediadora de conteúdos metajurídicos⁶.

Porém, o temor de que a abertura semântica da boa-fé poderia levar a um decisionismo é contido justamente pela argumentação e pela vinculação do processo argumentativo ao critério de avaliação do merecimento de tutela, que é da axiologia constitucional. Não basta, pois, a remissão simples e vazia à boa-fé objetiva para que o sentido encontrado seja a ela conforme: é necessário que se investigue rigorosamente o caso concreto, com base nas características das partes e nas circunstâncias do negócio (NALIN, 2011, p. 125).

Para serem válidos, os elementos econômicos que porventura sejam integrados ao processo de argumentação pelo intérprete para atribuir o significado ao negócio jurídico – segundo o cânone hermenêutico do inciso V, do § 1º do art. 113 do CC – deverão resultar em uma “relação equilibrada, leal e solidária, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais que repercutem não apenas na esfera de atuação de cada contratante [...], mas que atingem, também, terceiros” (CATALAN; GERCHMANN, 2012, p. 166).

O risco da abertura do conceito indeterminado de racionalidade econômica das partes é que a busca pelo sentido relevante do negócio leve em conta um modelo de *reasonable persons* (BENACCHIO, 2011, p. 378) baseado em arquétipos econômicos incompatíveis com os próprios pressupostos axiológicos do ordenamento, o que acabaria por invalidar o resultado

⁶ Como aponta Pinheiro (2015a, p. 160), “a boa-fé postula um juízo de valor contrário a toda rejeição antimetafísica do conceitualismo positivista”, ou seja, a tessitura semântica aberta da boa-fé permite o seu preenchimento com elementos que não são puramente positivos e admite o ingresso de signos de outros sistemas como o econômico, o moral, o cultural e o social na construção de seu significado, que é sempre *in concreto* e não *in abstracto*.

da interpretação. Ainda que se possam considerar conceitos econômicos para determinar o que as partes razoavelmente teriam contratado segundo a sua racionalidade econômica, isso não deve ser uma porta aberta à internalização de conceitos econômicos incompatíveis com o sistema jurídico ou que não tenham sido previamente filtrados pelos critérios axiológicos de ordenação e validade do sistema.

Não significa também que todo conceito econômico seja inútil ou incoerente com o sistema jurídico: aqueles que compreendem a possibilidade de realizar os valores existenciais que funcionalizam o sistema – sem que isso represente ignorar a predominante natureza patrimonial dos interesses negociais das partes – podem contribuir para a construção de sentidos conforme a boa-fé.

Claro, por exemplo, que o grau de atuação de um eventual juízo distributivo dependerá das características das partes e do negócio, sendo que em negócios empresariais simétricos e paritários os espaços de liberdade negativa e positiva, em suas manifestações formais, são mais acentuados, em que mesmo situações de desigualdade podem ser admitidas como legítimas, desde que desejadas pelas partes e não conflitem com valores constitucionais (RITO, 2014, p. 120).

Por outro lado, em negócios tidos como assimétricos ou não paritários, mesmo que empresariais, haverá uma retração desses espaços de liberdade formal em prol de uma expansão da concessão de tutela a manifestações de liberdade substancial. Compreender o que as partes teriam previsto envolverá, obrigatoriamente, a análise *in concreto* da existência de assimetria informacional, econômica ou técnica (FALEIROS JÚNIOR, 2019, p. 46-48), do espectro em que se encontra o equilíbrio econômico da relação⁷, da promoção de comportamentos cooperativos e da não tutela de comportamentos oportunistas – tudo conforme a boa-fé.

O alcance da intervenção na relação contratual dependerá, por exemplo, das características concretas dos seus integrantes, da simetria, da paridade, da disponibilidade de informação e recursos e, com destaque, da natureza do interesse envolvido; devem, como sugere Negreiros (2006, p. 462), ser escalonadas conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao objeto negocial.

A racionalidade econômica das partes é, assim, um dado que não se pode definir de modo abstrato, genérico ou como uma fórmula pronta fundada em determinado modelo econômico, porque o comportamento das partes no caso concreto, os objetivos por elas buscados e as características

⁷Entendido não como um ponto fixo, mas de modo complexo como um campo de estabilidade no qual há “equivalência entre as obrigações e expectativas de ganhos das partes envolvidas” (RITO, 2014, p. 119-120).

de cada um dos envolvidos na relação negocial permitirão encontrar o significado desse conceito indeterminado inserido no art. 113 do CC.

4.1 Boa-fé como promotora de comportamentos cooperativos e da tutela da confiança

O art. 113 do CC revela cânones hermenêuticos do negócio jurídico relacionados ao elemento contextual, uma “regra de interpretação que remete o intérprete ao exame do texto (declaração) *em seu contexto fático e normativo*, para contrastar a específica manifestação de vontade com o padrão de conduta segundo a boa-fé”. Trata-se da análise do texto e do contexto do negócio pelo crivo da boa-fé *in concreto* (MARTINS-COSTA, 2018, p. 502, grifo da autora), e não como imperativo ético abstrato (REALE, 2005, p. 248).

A aplicação dos cânones do § 1º do art. 113 do CC deve ser conforme a boa-fé. Essa conclusão não resulta apenas de uma análise sistemática da disposição da norma em si, mas da compreensão já alargada de que o negócio jurídico só merece guarida do ordenamento se conforme a boa-fé. A relevância da boa-fé para os negócios jurídicos é de primeira ordem: para além da autonomia privada, ela impõe à vontade das partes “um valor vinculativo da consideração social” (BETTI, 2008, p. 76). A boa-fé deve, pois, estar em todos os negócios jurídicos, independentemente da sua natureza, do seu objeto ou das partes neles envolvidas.

Do ponto de vista da interpretação do negócio jurídico, isso quer dizer que o sentido conforme a boa-fé solda a solidariedade entre as partes para a consecução do programa negocial polarizado pelo adimplemento – compreendendo que a relação jurídica obrigacional não é uma relação de sujeição, mas de cooperação (NALIN, 2008, p. 197), e que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*” (SILVA, 2006, p. 33).

Se, além disso, o negócio jurídico tem como objeto “atos humanos que, estruturados pelo ordenamento como suportes fáticos normativos, estão *dirigidos teleologicamente* para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica” e que esse percurso se dá “*mediante o estabelecimento de uma regulamentação juridicamente vinculativa* aos sujeitos que se qualificam como suas ‘partes’” (MARTINS-COSTA, 2011, p. 39, grifos da autora), fica evidente que sua marca distintiva é ser uma “*destinação voluntária polarizada pelo sentido de uma finalidade*” de modo que deve ser ressaltado o seu caráter finalista (MARTINS-COSTA, 2011, p. 39, grifos da autora).

Disso resulta que a interpretação do negócio jurídico, como atividade que visa a determinar seu conteúdo, ou seja, o seu sentido negocial

(MARINO, 2011, p. 49), deve atribuir o sentido que corresponda a um conteúdo cooperativo, de respeito à confiança que vincula os integrantes da relação jurídica e de modo teleologicamente orientado à realização do programa negocial.

Dizer que o sentido conforme à boa-fé dá concreção ao dever de cooperação e promove a solidariedade entre as partes não significa o abandono da autonomia privada, mas justamente a sua funcionalização aos valores existenciais (NEGREIROS, 1998, p. 257). Tampouco privilegiar a cooperação significa o afastamento entre o Direito e o mercado (PINHEIRO, 2015b, p. 300), mesmo porque o mercado ordenado pela Constituição pressupõe uma atuação solidária das partes, por força dos princípios que convivem no art. 170 da CRFB (BRASIL, [2022a]) e, principalmente, em razão do objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que, como princípio, vetoriza todo o ordenamento.

A interpretação do negócio jurídico prevista no art. 113 do CC igualmente deverá cuidar da tutela da confiança. Importa aqui ressaltar que a confiança não diz respeito a uma investigação subjetiva de um elemento psíquico, mas baseada em elementos não internos às partes. Os cânones hermenêuticos do dispositivo aqui analisado não se voltam a uma investigação da efetiva vontade – subjetiva – dos integrantes da relação negocial. Além da superação do embate entre teoria da vontade e teoria da declaração⁸, busca-se a compreensão do conteúdo do negócio conforme os deveres decorrentes da boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva encerra a compreensão de que as relações jurídicas devem ser pautadas por deveres de lealdade, honestidade e correção com relação aos que estão sujeitos aos seus efeitos internos, bem como os terceiros, obrigando os contratantes a atuarem conforme o comportamento desejado e permitido pelo ordenamento jurídico desde concepções de cunho objetivo, precisamente garantindo a confiança na contraparte acerca do negócio jurídico realizado (BENACCHIO, 2011, p. 377).

Entende-se a confiança em geral como “a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas” (CORDEIRO, 2013, p. 1.234), trazida para o sistema jurídico a confiança contribui para conferir

⁸ Segundo Benacchio (2011), essa dicotomia foi superada, pois o ordenamento firma ambas as teorias em relação de completude, sendo a teoria da vontade (interpretação subjetiva) a busca da vontade real prevista no art. 112 do CC e a teoria da declaração (interpretação objetiva), a compreensão do conteúdo do contrato disciplinada pelos arts. 113, 114, 170 e 423 do CC, por exemplo. Assim, “há uma aproximação entre o elemento subjetivo e o objetivo na interpretação do contrato, destarte, o fato social – contrato – acabou por superar o confronto entre a teoria da vontade e da declaração; em verdade, integrou-se para o encontro do conteúdo contratual” (BENACCHIO, 2011, p. 368).

segurança ao tráfego jurídico, como elemento de potencial redução da complexidade social⁹.

Conquanto não se confunda o princípio da confiança com o princípio da boa-fé, eles estão em intensa relação, por vezes de superposição, por vezes de diferenciação (MARTINS-COSTA, 2018, p. 254). No processo de interpretação à boa-fé sobrepõe-se o princípio da confiança quando abrange a tutela das legítimas expectativas (MARTINS-COSTA, 2018, p. 255), ou seja, quando o sentido encontrado deve ser aquele que tem como função proteger situações de confiança, buscando preservar a posição representada pela legítima expectativa provocada em uma parte em face das declarações ou comportamentos que sejam incoerentes com o programa negocial. A tutela da confiança abrangida pela boa-fé evidencia a relevância que a própria interpretação dada pelas partes às declarações negociais tem para a definição de seu sentido ou do significado do comportamento dos integrantes da relação negocial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 255).

Aqui a definição da racionalidade econômica das partes ganha, conforme a boa-fé, um relevante sentido de proteção contra comportamentos oportunistas, que são repelidos não só pela ciência jurídica, mas também pela ciência econômica. A boa-fé tem, assim, papel ativo e dinâmico de coordenação e “direcionamento dos comportamentos no tráfico negocial” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 257), conferindo estabilidade e segurança às relações, pois o contrato como mecanismo de estabilização e de realização de expectativas é considerado uma imprescindível forma jurídica de relacionamento intersubjetivo (RIBEIRO, 2008, p. 70).

⁹Cordeiro (2013, p. 1.242-1.243) apresenta essa noção da construção sociológica de confiança em Luhmann, que indica que o Direito como sistema e fonte primordial de confiança é fator importante de redução da complexidade social, ao racionalizá-la e conferir-lhe efeitos, sem o quê seria possível alcançar apenas formas muito primitivas de cooperação baseadas em simples deduções e induções.

4.2 Racionalidade econômica entre a finalidade e a causa do negócio jurídico

A ideia de racionalidade econômica aproxima-se da construção de Roppo (2009, p. 8): todo contrato encerra uma operação econômica, sem que isso represente abandonar a hipótese de apreensão de interesses de natureza extrapatrimonial, dado que mesmo para a economia esse tipo de interesse é possível de ser apreendido economicamente¹⁰.

O primeiro ponto a ressaltar é que o cânone hermenêutico analisado (art. 113, § 1º, V, do CC) contém uma mudança na forma de conceber a interpretação objetiva do negócio jurídico. Com base na redação original do art. 113 do CC, sem a inclusão dos dois parágrafos pela LLE, Marino (2011, p. 185) apontou que a interpretação conforme a boa-fé objetiva firma como ponto de partida da interpretação uma pessoa imaginária, razoável e normal (com padrão de conduta honesto e leal), de modo a encontrar o “sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros”. Ocorre que o cânone hermenêutico faz referência à construção de um sentido baseado na razoável negociação das partes, isto é, das partes no caso concreto. Todavia, a alteração legislativa não pode ser vista sob as lentes de uma incoerente subjetividade voluntarista, mas com a necessária visão objetiva da interpretação conforme a boa-fé e o afastamento de qualquer tentativa de encontrar nessa expressão uma busca pela vontade hipotética das partes.

Na definição de Marino (2011), a modificação do art. 113 faz com que, no contexto relacional, não seja um modelo de uma pessoa

¹⁰Não a indesejável forma de mercantilização da era de triunfalismo do mercado em que a lógica aplicável a relações de compra e venda foi transposta para relações envolvendo bens não materiais (SANDEL, 2016, p. 10-12).

imaginária o posicionado no ponto de vista relevante, mas as próprias partes, respeitando as suas características concretas, isto é, o seu acervo capacitatório para o exercício de suas liberdades. Contudo, preserva-se a concepção de que a razoabilidade do modelo (aqui das partes em concreto) é o padrão de conduta honesta e leal. Esse padrão, sim, pode ter um de seus elementos formadores buscado externamente à relação, para compreender como partes probas, honestas e leais agem em negócios jurídicos similares, em nítida inter-relação com o cânone do inciso II do § 1º do art. 113. Pode também objetivamente derivar de elementos internos à própria relação negocial e ser inferido das demais disposições do negócio, inclusive observando o comportamento posterior das partes em diálogo com o disposto no inciso II.

Esses elementos devem, entretanto, ser conjugados com os outros indicados no próprio inciso V (“demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (BRASIL, [2022b])), de forma que a interpretação siga o programa negocial, coerentemente direcionado à sua realização. A questão que permanece é o que define esse programa, se a causa do negócio jurídico ou a sua finalidade.

O conceito indeterminado de *racionalidade econômica das partes* incluído pela LLE aproxima-se do conceito de *economia do contrato* elaborado por Ribeiro (2008, p. 70), que representa a “abertura cognitiva e valorativa a uma componente do sistema do contrato que, não se confinando ao conteúdo declarativo do acto que o fez nascer, mas exprimindo, mais amplamente, a estrutura obrigacional, de base volitiva, funcionalizada à ampla satisfação dos interesses envolvidos”. E quais seriam esses interesses? Segundo Roppo (2009, p. 8), são os interesses que, tragados do mundo dos fatos,

são traduzidos em linguagem técnico-científica pelo contrato e podem ser reduzidos à ideia de operação econômica. Em verdade, Roppo (2009, p. 9) indica que a formalização jurídica do contrato não se dá como um fim em si mesmo, pois é vocacionada a conceder o necessário arranjo dos interesses abrangidos pelas operações econômicas que se deseja tutelar. Os interesses regulados pelo contrato e abrangidos pela operação econômica são protegidos como legítimas expectativas dos contratantes, os quais se submetem a padrões de comportamento conforme a boa-fé necessária para a satisfação do iter negocial (RIBEIRO, 2008, p. 70).

Ribeiro (2008, p. 71) indica que o campo de operabilidade da economia do contrato é justamente a sua interpretação e a sua integração, não como único e autossuficiente cânone, mas conjugado com outros parâmetros e com matriz normativa na boa-fé objetiva. Para o autor, a economia do contrato apresenta-se como importante instrumento de rompimento com as concepções vinculadas ao império do voluntarismo, pois reconduz o intérprete a uma análise da economicidade do contrato objetivamente posta, isto é, da sua funcionalidade (ROPPO, 2009, p. 219-222) conforme a “estrutura real de interesses e a sua conformação de modo consentâneo com a consecução das finalidades visadas pelas partes” (RIBEIRO, 2008, p. 72). Quer dizer, não se trata de dirigismo contratual, mas de buscar no próprio processo negocial estabelecido pelas partes, em claro exercício de suas liberdades em contexto relacional, um sentido que seja coerente com o agir cooperativo pelo adimplemento das obrigações estabelecidas, afastando-se comportamentos oportunistas e rompedores das legítimas expectativas passíveis de tutela. A economia do contrato, assim, maximiza a sua utilidade como mediador de trocas num contexto de economia de mercado (RIBEIRO, 2008, p. 74). Afinal, conquanto não

se restrinja a instrumentar relações envolvendo interesses patrimoniais, o contrato é, por excelência, o instrumento de realização das operações econômicas (ROPPO, 2009, p. 11).

Assumindo papel de conciliadora entre a ética e a economia do contrato, a boa-fé objetiva impõe por sua atuação hermenêutica a “concretização e desenvolvimento da regulação contratual conforme ao sentido e fim da relação, o que é outro modo de se referir a economia do contrato” (RIBEIRO, 2008, p. 73). A economia do contrato é, portanto, identificada pela finalidade almejada pelas partes com o negócio jurídico estabelecido, conjugada à funcionalidade da relação econômica encontrada na valoração objetiva dos elementos negociais.

O conceito de *economia do contrato* desenvolvido por Ribeiro (2008) configura-se, pois, como possível preenchimento do significado de racionalidade econômica das partes conforme previsto no art. 113, § 1º, V, do CC. Com isso, a definição da *razoável negociação das partes* não configura resgate do princípio voluntarista ou de uma construção da vontade hipotética das partes, mas a solução mais adequada à finalidade do negócio visada por elas para a realização do seu objetivo.¹¹ A racionalidade econômica das partes guarda, assim, um claro aspecto teleológico-funcional, que deverá servir de fiel para o teste de coerência para a solução interpretativa encontrada.

À finalidade do negócio deve ser conjugada a causa, dado que a relação negocial vista de modo complexo não pode deixar de considerar esse outro aspecto da definição de sua funcionalidade¹². A causa não é expressamente referida como requisito do negócio jurídico contratual (JORGE JUNIOR, 2011, p. 197) no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa que ela seja juridicamente irrelevante; desde já, contudo, devem ser afastados os significados de *causa* como motivo das partes – o que levaria ao retorno a um indesejado subjetivismo e voluntarismo de difícil investigação e justificação argumentativa racional¹³ – e de *causa* como fato jurídico de que nasce a obrigação. Trata-se a *causa*, em verdade, em seu sentido objetivo, isto é, o da função prático-social ou razão socioeconômica do negócio (AZEVEDO, 2010, p. 153). Aqui há um diálogo com a função social dos contratos¹⁴, dado que

¹¹ Sem ignorar a necessária avaliação que os interesses das partes podem provocar externamente à relação jurídica, dado que a função social é indissociável de qualquer negócio jurídico e seus efeitos podem afetar não só a terceiros determinados, mas a toda a sociedade (DUQUE, 2018, p. 153).

¹² Segundo Milagres (2018, p. 3), “[a]presenta-se a causa como conteúdo funcional do contrato; busca-se, pois, contextualizar a manifestação de vontade”.

¹³ Deve-se novamente ressaltar que a construção da razoável negociação das partes não pode equivaler, em hipótese alguma, ao desenvolvimento de uma introspecção mental em busca das impressões psíquicas e volitivas dos contratantes (ROPPO, 2009, p. 171).

¹⁴ Não se quer, com isso, indicar que a causa equivalha à função social do negócio.

nenhum negócio jurídico, contratual ou não, existe atomisticamente isolado da sociedade no qual inserido, o negócio merecedor de tutela é o cumpridor de função social. No perfil intrínseco à relação negocial realiza-se a função social justamente pelo respeito à principiologia pós-moderna dos contratos; por sua vez, no perfil extrínseco está a avaliação de suas repercussões no contexto social em que existe (NALIN, 2011). Para Milagres (2018, p. 9), contudo, essa relação entre causa e função social merece reservas, já que a causa seria o fundamento tópico do negócio jurídico e não estaria vinculada às externalidades do contrato ou à sua significação social. Seria, portanto, a “razão econômico-jurídica do negócio” (MILAGRES, 2018, p. 9). Em complemento, Moraes (2013, p. 15) defende que são próximas

as duas noções – causa como função social e causa como síntese dos efeitos essenciais – quando se pensa que a causa do contrato (*rectius*, do negócio contratado) se constitui, efetivamente, do encontro do real regulamento das partes com os efeitos essenciais previstos pelo tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que é atribuída pela própria autonomia negocial). Não subsiste qualquer relação de prioridade lógica entre interesse e efeito porque são a resultante do procedimento de interpretação-qualificação do negócio concreto (aliás, o único que na verdade existe).

A melhor postura para enfrentar a causa, portanto, é justamente a hermenêutica, colhendo nela a predisposição do intérprete em analisar o negócio prioritariamente pelo seu perfil funcional (SOUZA, 2019, p. 3). Desse modo, ainda que a princípio o intérprete parta de um modelo abstrato, a causa a ser observada não é a geral, mas a concreta do negócio em questão, sob pena de reduzir a racionalidade econômica das partes ao aspecto estrutural

do negócio (SOUZA, 2019, p. 13). Por isso, diz-se que o diferencial de uma análise que tem a causa como premissa é a “possibilidade de superar os modelos rígidos da estrutura para afastar ou atrair certos efeitos jurídicos mais consentâneos com a função negocial de cada contrato em concreto” (SOUZA, 2013, p. 5-6).

No processo interpretativo, a causa ganha destaque principalmente no momento de qualificação a ser realizada pelo intérprete. Explica Benacchio (2011) que o processo interpretativo envolve primeiro encontrar o significado juridicamente relevante do contrato como posto pelas partes a fim de, em sequência lógica, valorá-lo juridicamente, isto é, enquadrá-lo no ordenamento jurídico para que sejam especificados os seus efeitos. Esses momentos não se caracterizam como um percurso estanque, mas encontram-se de modo uno e indissociável postos em razão da busca pela efetividade do negócio (BENACCHIO, 2011, p. 364-365).

O intérprete deverá encontrar esse enquadramento não em abstrato nos tipos pré-determinados pelo ordenamento apenas, mas na consideração do “específico regulamentado pelas partes, que sintetiza os efeitos que elas consideram ‘essenciais’ aos seus interesses” (SOUZA, 2019, p. 14). Tampouco a avaliação da causa é estática, mas considera o perfil dinâmico dos negócios jurídicos (SOUZA, 2013, p. 8), já que encerram, em última análise, uma obrigação que tende ao adimplemento por meio de um processo.

A causa, portanto, afigura-se como critério que permitirá verificar se o sentido encontrado pelo intérprete é merecedor de tutela, considerando o negócio em concreto e em seus perfis dinâmico e relacional. Toma-se, a título de exemplo, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à abusividade das cláusulas de limitação do tempo de internação em planos de saúde (Súmula

nº 302 (BRASIL, 2022d)). Sob a perspectiva da razão econômica, o contrato de plano de saúde visa oferecer ao usuário instrumentos para a proteção de sua saúde e, propriamente, de sua vida. A essencialidade mesma dos interesses existenciais envolvidos justifica que seja incoerente com a sua causa o sentido que propugne uma estrita observância da limitação em respeito a critérios financeiros do contrato. O sentido que atende à finalidade do negócio jurídico (e que é coerente com a sua causa) é, portanto, o adotado pelo STJ – o de que a limitação do tempo de internação é cláusula abusiva.

Como o processo interpretativo é uno e voltado a conferir efetividade ao negócio, finalidade e causa conjugam-se para possibilitar ao intérprete concretizar, por meio de sua atuação, a boa-fé objetiva como matriz normativa da economia do contrato.

5 Conclusão

O cânone hermenêutico previsto no art. 113, § 1º, V, do CC não permite a absorção pura e simples de conceitos econômicos, o que afasta qualquer tentativa de colonização do Direito pela Economia propiciada pela abertura semântica criada pelo significante *racionalidade econômica das partes*. É estritamente necessária, assim, a filtragem pela linguagem jurídica dos signos econômicos. A utilização da economia como ferramenta para a solução dos casos jurídicos é um fato inevitável e desejável, mas deve realizar-se mediante argumentação coerente com os valores que orientam o ordenamento jurídico, sob pena de se encontrarem não só soluções incoerentes do ponto de vista do sistema, mas inválidas em razão da contrariedade à axiologia constitucional.

A argumentação, desse modo, oferece a segurança jurídica necessária, afastando o processo interpretativo de uma indesejada discricionariedade, mas deverá sempre levar em conta o contexto interpretativo em concreto, inclusive dosando a extensão dos perfis de liberdade em cada negócio de acordo com as características das partes, o acervo capacitatório por elas titularizado, especialmente do ponto de vista da disponibilidade e qualidade informacional, e a gradação da essencialidade dos interesses envolvidos, compreendendo sempre que, conquanto digam respeito a interesses patrimoniais, há uma inevitável funcionalização à realização do existencial em razão da polarização valorativa do sistema promovida pela pessoa como elemento central.

A interpretação do negócio jurídico é, primeiro, conforme a boa-fé. Os cânones hermenêuticos do art. 113 do CC têm matriz normativa na boa-fé e seus conceitos servem à sua concreção. O resultado da

interpretação, portanto, deve assegurar a promoção de comportamentos cooperativos, além de tutelar a confiança por força do princípio da boa-fé.

A atribuição ao negócio jurídico de um sentido que corresponda à razoável negociação das partes sobre a questão, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração, não é a reconstrução hipotética da vontade originária das partes, mas a atribuição de um sentido em concreto, conforme a boa-fé, direcionado à realização plena do programa negocial vetorizado pela finalidade do negócio e qualificado pela sua causa como razão econômico-funcional a afastar comportamentos oportunistas e rompedores das legítimas expectativas das partes.

Sobre os autores

Vitor Ottoboni Pavan é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho, PR, Brasil; doutorando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; professor convidado de Responsabilidade Civil do programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil Contemporâneo da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil; pesquisador do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogado.
E-mail: vitorpavan@gmail.com

Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professora do programa de graduação em Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogada.
E-mail: rosalice@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PAVAN, Vitor Ottoboni; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 173-195, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p173

(APA)

Pavan, V. O., & Pinheiro, R. F. (2023). Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 173-195. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p173

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *Jornada de direito civil*. [Brasília, DF]: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, [2003]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do Projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, [Brasília, DF], v. 3, n. 9, p. 5-11, set./dez. 1999. Disponível em: <http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-174.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2010.
- BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 361-393.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0057/2016.v2i1.1595>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1595>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 913, p. 137-173, nov. 2011. *Online*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. Senado Federal. *Medida Provisória nº 881, de 2019*: sumário executivo de medida provisória. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Consultores legislativos: Carlos Eduardo Elias de Oliveira, Caio Cordeiro de Resende e Raphael Borges Leal de Souza. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas*: atualizado até a Súmula n. 656. Brasília, DF: STJ, 2022d. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- CATALAN, Marcos; GERCHMANN, Suzana Rahde. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-166.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. (Coleção Teses).

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193-202.

DUQUE, Bruna Lyra. *Causa do contrato: entre direitos e deveres*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Vesting empresarial: aspectos jurídicos relevantes à luz da teoria dos contratos relacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. Apresentação. In: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19-22.

_____. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Liberdade econômica para quem?: a necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-122.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, [Stanford, CA], v. 50, n. 5, p. 1.471-1.550, May 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 28 dez. 2022.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 183-201.

KLEIN, Vinícius. *Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 5-8.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Art. 3º, V: presunção de boa-fé. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 125-132.

_____. Contratos: conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-66.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 5, v. 14, p. 159-178, jan./mar. 2018. *Online*.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-24, out./dez. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. (Pensamento Jurídico).

_____. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97-143.

NALIN, Paulo; PAVAN, Vitor Ottoboni. A racionalidade econômica das partes na interpretação dos negócios jurídicos contratuais: direções preliminares. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, [s. l.], v. 2, n. 7, p. 23-52, abr./jun. 2021.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de Teses Renovar).

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Marcos. A medida provisória da liberdade econômica e seus impactos sobre institutos do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 47-54.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O percurso teórico do princípio da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito civil brasileiro. *Conpedi Law Review*, [Florianópolis], v. 1, n. 12, p. 153-181, 2015a. III Encontro Internacional do Conpedi. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i12.3491. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3491>. Acesso em: 28 dez. 2022.

_____. *Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015b.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1).

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 69-82, jul./dez. 2008.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Apontamentos sobre o equilíbrio econômico das prestações. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Organização de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Fernanda Paes Leme Peyneau Rito. Curitiba: Juruá, 2014. p. 117-152.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-62.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. *E-book*.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1-53, set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 28 dez. 2022.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 65-98, abr./jun. 2013. *Online*.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 487-514.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. (Teses).

YEUNG, Luciana L. Friedrich Hayek, liberdade econômica, a MP e a Lei da liberdade econômica: por que é necessária? *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 75-88.

YEUNG, Luciana L.; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. A (real) importância da análise econômica do direito. *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-6, jan./jun. 2021. *Online*.

Direito à vida e direito à integridade

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG

Resumo: Este estudo descritivo visa precisar o conteúdo normativo dos direitos fundamentais à vida e à integridade, bem como suscitar questões relativas à autonomia do sujeito, como o autossacrifício, a eutanásia, a automutilação e a vacinação compulsória. Os direitos à vida e à integridade definem-se negativamente em relação à não agressão e positivamente à promoção de condições adequadas. Eles devem ser compreendidos sob a perspectiva tanto do próprio sujeito quanto do objetivo, da qual decorrem deveres de proteção pelo Estado e pela sociedade, além de um alto grau de indisponibilidade. É importante definir o início e o fim da proteção jurídica à vida e à integridade. A pena de morte é admitida excepcionalmente, ao passo que a vedação à tortura é absoluta. Realizou-se uma abordagem dedutiva baseada em pesquisa bibliográfica de legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: vida; integridade; morte; autonomia; direito indisponível.

Right to life and right to integrity

Abstract: This descriptive study aims to clarify the normative content of the fundamental rights to life and integrity, as well as to raise questions related to the autonomy of the person, such as self-sacrifice, euthanasia, self-mutilation and compulsory vaccination. The rights to life and integrity are defined negatively, in relation to non-aggression, and positively, in the sense of promoting adequate conditions. They must be understood both from the person's own perspective and from an objective perspective, from which the State and society must provide protection, and from which non-disposable rights stem. It is important to define the beginning and the end of legal protection for life and integrity. While the death penalty is exceptionally permitted, torture is prohibited. A deductive approach was carried out, based on bibliographic research, legislation and jurisprudence.

Recebido em 25/5/22

Aprovado em 25/8/22

Keywords: life; integrity; death; autonomy; non-disposable right.

1 Introdução

A mais elementar proteção jurídica refere-se ao ser humano em sua existência e incolumidade, o que configura os direitos fundamentais à vida e à integridade. O presente texto enfoca tais direitos de modo objetivo e sistemático, com o intuito de oferecer uma abordagem jurídica consistente e atual, em confronto com o tratamento muitas vezes sucinto e impreciso que lhes é conferido.

Pretende-se apresentar o direito à vida e o direito à integridade de forma integrada, explorando-se diversos assuntos correlacionados e suscitando-se perspectivas contemporâneas, para delinear um quadro abrangente do tema.

O direito à vida e o direito à integridade estão consagrados no Direito Constitucional e no Direito Internacional. Importa precisar-lhes o conteúdo normativo, com base na delimitação do objeto dos direitos à vida e à integridade.

Como direito fundamental, a vida – e isso também se aplica à integridade – tem uma primeira insuprimível dimensão individual, sob a perspectiva do próprio titular, mas ela deve ser considerada também sob a perspectiva objetiva, que justifica a preocupação do Estado e da sociedade com a vida humana em geral. O ângulo objetivo – que acentua o dever de proteção à vida e à integridade, quer pelo Estado, quer pela sociedade – implica alto grau de indisponibilidade desses direitos fundamentais.

Deve-se também discutir o alcance temporal da proteção jurídica do direito à vida – o que se estende ao direito à integridade – quanto a seu início e seu fim (os critérios para estabelecer quando e em que medida começa e termina a proteção pelo Direito). Incidentalmente, aborda-se a previsão da pena de morte e a tendência de sua proscrição jurídica, assim como a vedação à tortura em termos peremptórios.

Os direitos fundamentais precisam ser lidos em sua conexão recíproca, daí a relação dos direitos à vida e à integridade com outros direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais.

Este estudo tem caráter prevalentemente descritivo e eventualmente crítico. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica de pendor conceitual, acompanhada de pesquisa de legislação e de jurisprudência, orientada por método dedutivo.

2 A consagração do direito à vida

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022a]) menciona o direito à vida em primeiro lugar, no *caput* do art. 5º, referindo-se à “inviolabilidade”. Existe certo consenso quanto

à prioridade desse direito (FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 411; MENDES; BRANCO, 2021, p. 263), inclusive pela razão (lógica) de que o exercício de praticamente todos os direitos pressupõe o direito à vida (com exceções, como a projeção da honra para depois da morte).

Porém, não se trata de um direito absoluto pelo qual sempre se tivesse preferência, conforme revela a previsão legislativa de legítima defesa (Código Penal (CP), arts. 23, II, e 25) e de aborto em determinadas situações (CP, art. 128 (BRASIL, [2022b])). Com efeito, a teoria dos direitos fundamentais inclina-se por rejeitar-lhes hierarquia, em princípio refutando uma ordem de prioridade (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 220). Todavia, como uma exceção, é reconhecida a prevalência do direito à vida.

Haveria sentido em defender que o direito à vida seja um direito fundamental específico, visto que se trata de um direito muito amplo (quase todos os direitos fundamentais derivam do direito à vida), de um direito muito vago (os contornos indefinidos desse direito permitem dizer quase tudo em relação à vida: integridade, liberdade, saúde, alimentação etc.) e de um direito absoluto (já que nenhum direito se sobreporia à vida, em princípio)? Todas essas objeções podem ser contrastadas, pois o âmbito de abrangência do direito fica reduzido inclusive com base na previsão de outros direitos fundamentais, o que contribui para uma definição mais apurada, e mesmo o reconhecimento excepcional da prioridade do direito à vida não chega a conferir-lhe caráter absoluto, como visto. A especificação do direito fundamental à vida – assim como a do direito à integridade – contribui para realçar sua importância e atribuir-lhe autonomia conceitual.

Fato é que o direito à vida aparece generalizadamente no Direito Internacional e no Direito

estrangeiro, como: i) na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 3º, “Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”) (NAÇÕES UNIDAS, c2022); ii) na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 4º.1, “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992); iii) na Constituição de Portugal (1976), o capítulo dos “Direitos, liberdades e garantias pessoais” começa com o art. 24, que tem a epígrafe “Direito à vida” (em que se assegura: “1. A vida humana é inviolável”) (PORTUGAL, [2005]); iv) na Constituição da Colômbia (1991), o capítulo “Dos direitos fundamentais” começa com o art. 11 (“O direito à vida é inviolável”) (COLOMBIA, 2018, tradução nossa); v) na Constituição de Moçambique (2004), o título dos “Direitos, deveres e liberdades fundamentais” tem o art. 40 (“1. Todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos”) (MOÇAMBIQUE, [2018]).

Mesmo onde não há menção expressa ao direito à vida, como na Constituição da Itália (1947), entende-se indubitavelmente que ele decorre da previsão de outros direitos fundamentais – dos quais é condição – e da referência à dignidade (ITÁLIA, 2018; ZAGREBELSKY; MARCENÒ; PALLANTE, 2019, p. 235).

3 O conteúdo do direito à vida

Em vista da função do Direito como instância social de proteção de bens jurídicos, não admira que se ressalte um conteúdo “negativo” – ou uma definição por negativa – do direito à vida como direito de não sofrer atentado à vida ou

simplesmente “*direito de não ser morto, de não ser privado da vida*” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 447, grifo dos autores). Dessa definição decorre a necessidade (dever jurídico) de proteção – atribuída prioritariamente, mas não exclusivamente, ao Estado. Configura inconstitucionalidade (por omissão) a inexistência de leis e atos adequados de proteção à vida. Foi o que decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão, num primeiro momento (1975), ao invalidar uma alteração legislativa que diminuía a proteção penal relativa à incriminação do aborto, por entender-se então que a tipificação era um modo adequado de proteger o direito à vida; essa compreensão viria a ser alterada mais tarde (1993), quando se decidiu pela constitucionalidade da descriminalização do aborto, sob certas condições “de aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário” pelo Estado (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 266-294).

Contudo, é preciso acentuar a definição positiva do direito à vida, baseada na “garantia de continuar vivo” (TAVARES, 2018, p. 215) e no sentido de se promoverem condições adequadas de vida, como segurança alimentar e habitação (MENDES; BRANCO, 2021, p. 264). Por isso, o direito à vida implica, além da defesa, a sua promoção.

4 O objeto do direito à vida

O direito à vida não pode resumir-se à mera sobrevivência (existência), mas implica uma vida com dignidade. Como direito fundamental, o direito à vida não se restringe à dimensão física e inclui o domínio psíquico (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 188), bem como a convivência social. Existe, portanto, um aspecto físico (biológico), que é a existência; e um aspecto psíquico, que é a consciência; um aspecto moral, que é a dignidade.

Sintomaticamente, uma tradução legislativa dessa compreensão holística e integrada da vida humana é o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, [2021]) –, em consonância com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (NAÇÕES UNIDAS, 2009a)¹, mediante a adoção de um conceito biopsicossocial (art. 2º, § 1º).

5 A perspectiva objetiva do direito à vida

Embora a perspectiva primordial do direito à vida seja a partir do próprio sujeito (o direito à vida como direito subjetivo), a quem deve ser reconhecida a faculdade de, em princípio, fazer o que quiser de sua vida, existe também uma perspectiva objetiva, caracterizada por um dever de proteção da vida humana em geral. Por conseguinte, o direito à vida projeta-se para toda a sociedade, fazendo emergir deveres jurídicos decorrentes do direito à vida: o respeito à vida (dever de abstenção), a proteção à vida (dever de proteção) (ALEXY, 2008, p. 450-451; SARLET, 2009, p. 149) e a promoção da vida (assegurar condições adequadas) – que configura uma projeção positiva do direito à vida. Incumbe a todos – e ao Estado em especial – adotar medidas que assegurem o direito à vida, tais como as relacionadas à segurança no trânsito e à precaução e prevenção ambiental (CRFB, art. 225 (BRASIL, [2022a])). Tais deveres articulam-se em âmbito internacional, inclusive como deveres de prevenção de atrocidades (FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN;

¹ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados no Brasil sob o modo de Emendas Constitucionais, conforme o art. 5º, § 3º, da CRFB (BRASIL, [2022a]), aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgados pelo Decreto nº 6.949/2009.

PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 412).

Deve-se inclusive proteger a pessoa de si mesma quanto a atos e decisões precipitados, inconsequentes, desarrazoados (SILVA, 2021, p. 161); em sentido contrário: Dimoulis e Martins (2014, p. 139). Justifica-se, assim, a criminalização do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122 (BRASIL, [2022b])), inclusive, atualmente, com aumento de pena “se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real” e “se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual” (Lei nº 13.968/2019 (BRASIL, 2019)).

O direito à vida humana é, em princípio, irrenunciável. Se admitida, a renúncia – melhor: disponibilidade, ver Rothenburg (2021, p. 282-284) – tem caráter excepcional, como em situações de eutanásia e de autossacrifício. Por isso, por exemplo, não se autoriza a extradição para países em que o extraditando corre o risco de sofrer pena de morte (MENDES; BRANCO, 2021, p. 268; ROTHENBURG, 2018, p. 452).

Merece ser mencionada a situação em que os pais ou responsáveis, representando um menor, pretendem, por razões religiosas, que ele não seja submetido a determinado tratamento médico, como a transfusão de sangue, o que lhe pode acarretar a morte ou grave lesão: a proteção à vida impõe-se mesmo contra a vontade dos representantes e há “prevalência do direito à vida e à saúde sobre a liberdade de crença religiosa, isto é, as garantias da vida e da incolumidade física são mais suportadas por outros princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana” (ADAMY, 2018, p. 177). Não se trata apenas de uma prevalência em princípio, mas da falta de capacidade de deliberação pelo titular (menor), num campo tão subjetivo como o da liberdade de consciência e de crença; em contrapartida, os adultos podem optar.

A perspectiva objetiva permite compreender a qualificação de agressões ao direito à vida em escala, tal como o genocídio. A propósito, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948)² preceitua no art. 2º:

entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (NAÇÕES UNIDAS, 1952).

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a prática de genocídio no assassinato de doze índios Ianomâmi por garimpeiros em 1993, conhecido como o *Massacre de Haximu* (Recurso Extraordinário (RE) 351.487/RR; figura no voto do relator: “o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (BRASIL, 2006, p. 601)).

6 O nascimento da vida

Para avaliar a *extensão* do direito à vida, é preciso estabelecer quando a vida tem início, com base em critérios suportados por diversas teorias. No Direito, são adotados critérios diferentes e consequências jurídicas diversas, não havendo – nem sendo suficiente – um índice único.

Os principais critérios reportam-se: i) à *concepção* (teoria concepcionista): adotado, por

²Internalizada pelo Decreto Legislativo nº 2/1951 e pelo Decreto nº 30.822/1952.

exemplo e de modo excepcional no Direito Internacional, pela Convenção Americana de Direito Humanos de 1969, art. 4º.1 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992; FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 412); ii) à *nidação*: em parte adotado pelo CP nos arts. 124 a 127 (BRASIL, [2022b]); veja-se a questão da “pílula do dia seguinte”; iii) à etapa de *desenvolvimento do feto* referida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510/DF: “o embrião [...] não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas” (BRASIL, 2008, p. 137); iv) ao *nascimento* (teoria natalista), que parece o critério prevalecente, ou seja, o direito à vida contempla a pessoa a partir do momento em que nasce; e v) à *outorga*: a vida somente seria considerada juridicamente relevante se e quando fosse outorgada (reconhecida como relevante) por alguma entidade ou por alguém; esse critério odioso acompanhava formas extremas de submissão.

O STF abordou a questão do início do direito à vida em dois casos: na ADI 3.510/DF (BRASIL, 2008), sobre a validade das pesquisas com células-tronco embrionárias, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF (BRASIL, 2012), sobre a interrupção da gravidez de feto anencefálico. Em ambos, adotou-se o critério da etapa de desenvolvimento do feto para a definição do início do direito à vida, concluindo-se que, em etapas muito precoces (embriões congelados) ou incipientes (feto anencefálico), a proteção não era total. Dito de outra forma, não é que o STF tenha desconhecido a existência de uma vida em formação (portanto, não foi decisivo estabelecer quando surge a vida humana), e chegou-se mesmo a afirmar que deve haver proteção jurídica (um direito, pois) dos embriões e fetos; apenas que, nessas etapas, prevaleceriam outros direitos: autodeterminação da mulher (liberdade sexual e reprodutiva), planejamento familiar (CRFB, art. 226, § 7º), direito à saúde (CRFB, arts. 6º e 196 e subsequentes), liberdade de expressão científica (CRFB, art. 5º, IX (BRASIL, [2022a])).

Seria temerário afirmar que as diversas etapas e projeções da vida humana não constituem o direito à vida, visto que esta compreende um processo de formação e uma extensão que compõem o “objeto” de proteção jurídica, com consequências e intensidade diferentes. Assim, embora se possa afirmar que “[t]er vida e ter direito à vida são coisas distintas” (SILVA, 2021, p. 161; CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 449), e até sustentar “uma terceira categoria de coisas com uma dignidade especial” (LORENZETTI, 1998, p. 469), parece mais acertado que já há um direito fundamental à vida em etapas iniciais de formação do ser humano (SARLET, 2009, p. 219; MENDES; BRANCO, 2021, p. 266-267). Isso não

facilita muito o enfrentamento de problemas polêmicos como o do aborto e o da utilização de embriões – e a potencial inconstitucionalidade da criminalização de tais condutas³ –, pois a discussão jurídica mantém-se na forma e intensidade da proteção devida (“de + vida”), em cotejo com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente relevantes. O direito à vida implica, pois, uma opção moral, valorativa, política, mas não arbitrária.

7 A morte da vida

O direito à vida inclui, em alguma medida, o fim dela. A CRFB refere-se a todas as etapas da vida humana – inclusive e expressamente à velhice (art. 230) –, assim como ao direito à saúde. Cada vez mais se acentua a dimensão de dignidade que acompanha todos os momentos da vida e que aponta para o respeito à autonomia do sujeito de direito. Pode-se, assim, falar – embora de modo bastante restrito – de um direito à morte digna (como uma expressão do direito à vida com dignidade), para permitir que, em alguma medida, a pessoa delibere a respeito de sua morte: viver a própria vida e morrer a própria morte.⁴

Cumpra, portanto, definir quando a vida termina. Atualmente, o critério médico é o da morte encefálica (ausência de todas as funções neurológicas), adotado pela Lei nº 9.434/1997

³No STF, a questão está posta em diversas ações, como a ADI 5.581/DF (BRASIL, 2020a), sobre a interrupção da gravidez de mulheres contaminadas pelo Zika vírus; no *Habeas Corpus* (HC) 124.306/RJ (BRASIL, 2016), que deu interpretação conforme à Constituição aos arts. 124 a 126 do CP para excluir a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, ou seja, permiti-la; na ADPF 442/DF (BRASIL, [2022c]) (em andamento, com audiência pública realizada em 2018), sobre a permissibilidade do aborto em geral até o primeiro semestre.

⁴Silva (2021, p. 160-161, grifo do autor) afirma: “Da inegável existência de um direito à vida não decorre necessariamente um *dever* de viver mesmo contra a sua vontade”.

(sobre transplante de órgãos) (BRASIL, [2007]), embora se deva entender mais amplamente a morte como “a ‘falência’ completa do organismo humano no conjunto de seus órgãos e funções” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 448).

Não existe um direito indiscriminado de morrer: o dever de evitar que as pessoas se suicidem, assim como a decorrente incriminação do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, autoriza afirmar que não há direito ao suicídio⁵. Cada vez mais, no entanto, é reconhecida a autonomia da pessoa em relação ao modo como se dê sua morte, ou seja, às medidas de prolongamento artificial da vida, de que são exemplo as diretivas antecipadas de vontade (“testamento vital”), regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina (2012) (Resolução nº 1.995/2012). É vedada em princípio a eutanásia (ativa), que significa provocar antecipadamente a morte de outra pessoa, com seu consentimento expresso ou presumido, para abreviar-lhe o sofrimento (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 450). Ao contrário, em princípio é permitida a ortotanásia, consistente em deixar de prorrogar artificialmente a vida de outra pessoa, que vem a falecer (disciplinada pelo Conselho Federal de Medicina (2006) na Resolução nº 1.805/2006). É em princípio vedada a distanásia (“obstinação terapêutica”), que prorroga artificialmente a vida de outra pessoa, eventualmente com seu sofrimento.

8 Pena de morte

A admissão da supressão “oficial” da vida como punição é incompatível com sua proteção jurídica. No ordenamento jurídico, a pena de morte é prevista em caráter excepcional,

⁵Em sentido contrário, ver Pieroth e Schlink (2012, p. 188).

sendo em princípio vedada: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada” (CRFB, art. 5º, XLVII, “a” (BRASIL, [2022a])). A eficácia dessa vedação é extraterritorial, na medida em que impede inclusive a extradição de alguém para algum país em que ele corra o risco de sofrer a pena capital.

Há uma tendência geral à eliminação da pena de morte. De fato, se o direito à vida é considerado o primeiro e o principal dos direitos fundamentais, é incoerente estabelecer a supressão da vida pelo Estado, ainda que em caráter punitivo.

No âmbito internacional, costumam ser estabelecidas restrições à pena de morte numa “fase da convivência tutelada” (RAMOS, 2022, p. 713-715), rumo, quem sabe, a sua eliminação. As restrições são vinculadas à natureza do crime (apenas para crimes graves), com vedação de ampliação após a ratificação de tratados limitativos, sendo sempre necessário observar o devido processo legal penal; são previstas também vedações circunstanciais (em relação a menores, idosos, grávidas, por exemplo).

A tendencial proscrição da pena de morte apresenta-se ora como relativa, na medida em que são excetuados crimes militares (sendo exemplos o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte (1989) (NAÇÕES UNIDAS, 2009b)⁶, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (1990) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1998)⁷, e ora absoluta (sendo exemplos o Protocolo 13, de 2002, à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais

da União Europeia, de 2000 (CONSELHO DA EUROPA, [2002]; UNIÃO EUROPEIA, 2000; FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 414)).

A irradiação da intolerância à pena de morte pode ser verificada no reconhecimento de que a espera da execução, durante vários anos, por um condenado à morte, caracteriza tratamento desumano, conforme decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Soering vs. Reino Unido* (1989) (FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 416)).

9 Titularidade do direito à vida

O titular (sujeito) do direito à vida, tal como expresso na maioria dos documentos jurídicos, é exclusivamente o ser humano (direito personalíssimo). Trata-se de um direito universal, extensível a qualquer ser humano (nesse sentido, é preciso cuidado ao interpretar a aparente restrição do art. 5º, *caput*, da CRFB: “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País” (BRASIL, [2022a])). As pessoas jurídicas estão excluídas. É possível sustentar, no entanto, que outros seres vivos sejam titulares de um direito equivalente; veja-se que a CRFB qualifica a dignidade como “da pessoa humana”, o que permite vislumbrar a admissão de outros sujeitos de direito, como animais e plantas.

Em decorrência da importância maior emprestada à vida humana, sua titularidade não implica uma autonomia indiscriminada, sendo forte o grau de indisponibilidade do direito à vida (ZAGREBELSKY; MARCENÒ; PALLANTE, 2019, p. 236), que, ainda assim, não é absoluto, como nas situações (polêmicas) de autossacrifi-

⁶ Adotado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 311/2009.

⁷ Adotada pelo Brasil, com reserva, por meio do Decreto Legislativo nº 56/1995 e promulgada pelo Decreto nº 2.754/1998.

cio justificado, de suicídio, de greve de fome de dissidentes e prisioneiros (alimentação forçada), em que se deve respeitar a vontade do titular ao menos enquanto estiver consciente. Para garantir o direito à vida, eventualmente será preciso inclusive proteger a pessoa em face de si mesma (exemplo: proibir a pessoa de entrar em sua residência para salvar bens, durante um incêndio).

10 Inter-relação do direito à vida com outros direitos fundamentais

Se os direitos fundamentais em geral podem inter-relacionar-se, em concorrência ou em confronto, seja complementando-se, seja restringindo-se reciprocamente, isso é ainda mais evidente quanto ao direito à vida, por ser ele pressuposto dos outros direitos fundamentais. Além disso, tem vínculo muito estreito com o direito à vida a dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais (CHUEIRI; MOREIRA; CÂMARA; GODOY, 2021, p. 256), conforme o art. 1º, III, da CRFB (BRASIL, [2022a]).

Em seu catálogo de direitos fundamentais, entre os direitos matriciais, ao lado do direito à vida, a CRFB arrola os direitos “à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput* (BRASIL, [2022a])). E, como do direito à vida decorre o dever de promover as condições adequadas para uma vida digna, esse direito “revela-se como matriz originária dos principais direitos sociais” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 451).

Importa também ressaltar o contexto em que se vive, tanto o urbano quanto o mais próximo à natureza. Assim, o direito à vida relaciona-se com a comunidade e a garantia do “bem-estar de seus habitantes” (conforme expressa o art. 182 da CRFB), bem como com o meio ambiente, que é “essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225 da CRFB (BRASIL, [2022a])).

11 Direito à integridade

O direito à integridade ou à inviolabilidade do corpo humano (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 187) abrange os aspectos físicos e psicológicos, ou seja, a integridade física e a integridade moral (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 454), como, aliás, se refere a CRFB ao dispor que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX (BRASIL, [2022a])). Aqui também tal como em relação ao direito à vida, somente uma concepção biopsicossocial é capaz de abarcar adequadamente a integridade.

Embora não haja uma referência direta ao direito à integridade na CRFB, ele é aceito como um desdobramento do direito à vida – ao contrário, por exemplo, da Constituição portuguesa, que estabelece: “[a] integridade moral e física das pessoas é inviolável” (art. 25º.1 (PORTUGAL, [2005])). A propósito, na Constituição alemã (ALEMANHA, 2021), o direito à vida e o direito à inviolabilidade estão previstos no mesmo dispositivo: art. 2º.2; e do direito à saúde, sendo estreitamente ligado à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 103). Um argumento adicional em favor do direito fundamental à integridade, de ordem textual e lógica, está na explícita referência à integridade dos presos: se mesmo a eles, que estão em situação especial de tutela do Estado, é assegurada a incolumidade física e moral, com muito maior razão deve ser protegida a integridade de qualquer pessoa.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000, p. 9) inclui o direito à integridade genética no art. 3º:

Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

- o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,
- a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas,
- a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
- a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Ainda que ressalte a importância da integridade da pessoa viva, trata-se de um direito fundamental que se projeta para antes do nascimento e para depois da morte, podendo haver protecção jurídica à integridade de material genético, embriões, fetos ou cadáveres (SARLET, 2009, p. 222); quanto à disponibilidade do corpo depois da morte, deve-se respeitar a vontade da pessoa (LORENZETTI, 1998, p. 472), atendidos os limites estabelecidos pelo ordenamento.

Compreende-se no direito à integridade a proibição de devassa não consentida e desarrazoada do corpo humano. Não se permite, em princípio, a retirada involuntária de material biológico (por exemplo, para testes de teor alcoólico) nem a (duvidosa) invasão do pensamento, como é a hipótese do detector de mentiras⁸ e do soro da verdade. O STF não admite a coleta compulsória de material biológico para fins de investigação de paternidade (ver, por exemplo, o HC 71.373/RS (BRASIL, 1994); em sentido contrário, a decisão do Conselho Constitucional francês, de 2003, que admite a coleta compulsória de sangue de autor de violência sexual, “desde que tal exame seja destinado a determinar se o suspeito não está contaminado por uma doença sexualmente transmissível” (FAVOREU; GAÏA;

GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 174, tradução nossa)) – embora tenha admitido a utilização de material colhido da placenta (expelida por ocasião do parto), em procedimento que não foi considerado invasivo, pois se tratou de caso peculiar, em que policiais sob cuja guarda ficou uma mulher detida eram suspeitos de estupro-la (Questão de Ordem na Reclamação 2.040/DF (BRASIL, 2002); no mesmo sentido, essa decisão do Conselho Constitucional da França). O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que não era lícita a administração forçada de vomitivo para obter prova contra um traficante de drogas (FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 415).

Ao afirmar a possibilidade de vacinação compulsória por ocasião da gravíssima pandemia de Covid-19, o STF consignou que não podem, porém, ser adotadas medidas invasivas, aflitivas ou coativas, ou seja, não é admitida a vacinação forçada (ADI 6.586/DF e ADI 6.587/DF (BRASIL, 2020b, 2020c), e Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.267.879/SP (BRASIL, 2020d)). Com efeito, não se podem atribuir deveres públicos aos cidadãos que lhes imponham intervenções corporais (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 456).

Especialmente sensível é a situação de pessoas submetidas a regimes de internação, como os doentes psiquiátricos, cuja incolumidade deve ser particularmente preservada (veja-se a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*). Mesmo intervenções menores – tal como o corte de cabelo e barba em instituições militares e prisionais, por exemplo – devem ser vistas com muita reserva, ainda que a própria pessoa consinta numa situação especial de

⁸ Para a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que considerou indevido o detector de mentiras para fins de contratação de empregados (e sua utilização ensejou condenação por danos morais), ver Recurso de Revista (RR) 1009-58.2010.5.05.0009 (BRASIL, 2017).

sujeição (MENDES; BRANCO, 2021, p. 150, 194-195).

12 Perspectiva objetiva e irrenunciabilidade do direito à integridade

O direito à integridade também apresenta uma perspectiva objetiva, que transcende a – ainda assim insuprimível – perspectiva da própria pessoa a respeito de sua incolumidade. Interessa, portanto, à sociedade em geral a proteção da integridade das pessoas, devendo ser inibidas inclusive graves violações voluntárias ou consentidas, tais como automutilações (MENDES; BRANCO, 2021, p. 149). Contudo, a autonomia do sujeito não pode ser alijada em situações como flagelos penitenciais, desde que não extrapolem limites razoáveis.

Se, em princípio, “a Constituição não excepciona os casos de excisão ou amputação sexual por motivos culturais ou religiosos” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 455), será preciso levar em consideração as distintas visões de mundo e o que representam intervenções como essas para os integrantes das próprias comunidades implicadas.

A CRFB optou por vedar “todo tipo de comercialização” de órgãos, tecidos e substâncias humanas (art. 199, § 4º (BRASIL, [2022a])), consagrando o “princípio da não venalidade do corpo” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 456; FAVOREU; GAÍIA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 174). Doações de órgãos, por exemplo, somente podem ser admitidas de modo restrito, para finalidades bem justificadas, como o favorecimento de pessoas necessitadas (em particular membros da própria família) e desde que “não afectem de forma grave e ir-

reversível a integridade e a saúde do doador” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 455). Nesse sentido, a Lei nº 9.434/1997 permite a doação desde que não comprometa gravemente as condições físicas e mentais do doador e que seja indispensável ao receptor (art. 9º, § 3º (BRASIL, [2007])).

Porém, é preciso admitir que o domínio sobre o corpo pertence à própria pessoa e que sejam coibidos somente atentados muito desarrazoados à integridade. Portanto, ornamentos corporais, como *piercings* e tatuagens, e práticas sexuais de teor sadomasoquista, por exemplo (MARTEL, 2011, p. 76; FRUMER; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2013, p. 57-59), permanecem na esfera de deliberação de cada pessoa, desde que consentidas e não gravemente injuriosas. Práticas sociais correntes e a busca pelo prazer são fatores a justificar, em alguma medida, que a integridade seja afetada, sobretudo a própria. Assim, hábitos como ingerir bebidas alcoólicas, fumar e praticar esportes perigosos não devem ser proibidos, embora restrições possam – e até devam – ser estabelecidas para a proteção alheia (ALEXY, 2008, p. 460-461).

O direito à integridade física e psíquica tem, portanto, alto teor de irrenunciabilidade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 454).

13 Vedação absoluta à tortura

A integridade é mais gravemente atingida pela tortura, que, perpetrada muitas vezes pelos próprios aparelhos oficiais (do Estado), viola flagrantemente a incolumidade física e psíquica da pessoa – numa gravíssima afronta à dignidade (CHUEIRI; MOREIRA; CÂMARA; GODOY, 2021, p. 257) –, levando não raro à morte. Por isso, existe grande preocupação em proscrevê-la juridicamente. Veja-se o que dispõe o art. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos (1966): “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas” (NAÇÕES UNIDAS, 1992). Veja-se também a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) (NAÇÕES UNIDAS, 1991)⁹ e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1989)¹⁰.

A CRFB estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III (BRASIL, [2022a])). A definição para o crime de tortura é dada pela Lei nº 9.455/1997 (art. 1º):

I – constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (BRASIL, [2003]).

A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e “[n]a mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (§ 1º). É prevista ainda a modalidade omissiva: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos” (§ 2º (BRASIL, [2003])).

Tão importante é a prevenção e repressão à tortura (ou de tratamento desumano ou degradante), que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu ser ela presumida se a pessoa sob detenção do Estado se apresentar severamente machucada quando de sua liberação (caso *Selmouni vs. França* (1999) (FAVOREU; GAÏA; GHEVONTIAN; MÉLIN-SOUCRAMANIEN; PENA-SOLER; PFERSMANN; PINI; ROUX; SCOFFONI; TREMEAU, 2007, p. 415)).

É possível sustentar que, diante da formulação peremptória da regra de vedação e da gravidade do atentado, a proibição da tortura tem

⁹ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4/1989 e promulgada pelo Decreto nº 40/1991.

¹⁰ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5/1989 e promulgada pelo Decreto nº 98.386/1989.

caráter absoluto e irrenunciável (ninguém pode ser torturado, nem mesmo com seu consentimento). Trata-se de uma projeção específica, sob formulação negativa, do direito fundamental à integridade.

No Brasil há um Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, instituído pela Lei nº 12.847/2013 (BRASIL, 2013) e composto, entre outros órgãos, pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (RAMOS, 2022, p. 233).

14 Conclusão

É reconhecida prioridade ao direito à vida; ainda assim, não se trata de um direito absoluto. O conteúdo do direito à vida tem um ângulo negativo (direito de não ter a vida suprimida) e um ângulo positivo (a promoção de condições adequadas de vida). O objeto do direito à vida compreende a existência (aspecto físico), a consciência (aspecto psíquico) e a dignidade (aspecto moral).

Os direitos à vida e à integridade devem ser compreendidos tanto sob a perspectiva do próprio sujeito (o que realça a autonomia do titular para conformar sua vida como melhor lhe aprouver), quanto sob uma perspectiva objetiva (em que as vidas em geral importam à sociedade). Decorrem deveres de proteção pelo Estado e pela sociedade, que justificam excepcionalmente a proteção da vida e da integridade em face da própria pessoa quanto a atos e decisões precipitados, inconsequentes, desarrazoados. Por isso, é forte o grau de indisponibilidade da vida e da integridade, conquanto não absoluta: não se pode excluir a deliberação consciente acerca da morte, em situações dramáticas (eutanásia), ou acerca da integridade, em limites razoáveis (flagelos penitenciais e relações sexuais

sadomasoquistas, por exemplo). É também sob a perspectiva objetiva dos direitos à vida e à integridade que se qualificam como genocídio as agressões ao direito à vida em escala.

O Direito protege a vida em extensão e intensidade diversas, conforme os momentos inicial e final da vida, definidos em função de diferentes critérios. O início da proteção jurídica da vida é dado seja pela concepção, seja pela nidação, seja pela etapa de desenvolvimento do embrião (sendo o critério utilizado pelo STF na decisão que validou as pesquisas com células-tronco embrionárias e na decisão que autorizou a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos), seja no nascimento (o critério mais frequente), seja na outorga. A morte marca, quase sempre, o fim da proteção jurídica da vida, sendo adotado o critério da morte encefálica (ausência das funções neurológicas).

A pena de morte é incompatível com a proteção jurídica da vida, sendo cada vez menos admitida, a não ser em situações excepcionais, e tendendo a ser eliminada. Embora os direitos à vida e à integridade sejam personalíssimos de todo ser humano, o Direito deve proteger também a vida e integridade dos demais seres vivos.

O direito à integridade compreende aspectos físicos e psicológicos, inclusive a integridade genética. A incolumidade do corpo e da mente é assegurada em face de devassas não autorizadas – tanto que o STF, ao validar a vacinação compulsória contra o Covid-19, assentou que nenhuma pessoa capaz pode ser vacinada contra sua vontade. São cada vez menos toleradas intervenções menores contra a vontade do titular, como o corte de cabelo e barba de pessoas sujeitas a regimes disciplinares especiais. A tortura é peremptoriamente vedada.

O direito à vida e o direito à integridade – que se relacionam com os demais direitos fundamentais em caráter de complementaridade e que, por vezes, reciprocamente se restringem – são

amplamente consagrados no Direito Internacional e no Direito interno. Especificá-los evidencia sua importância e atribui-lhes autonomia conceitual.

Sobre o autor

Walter Claudius Rothenburg é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Paris, França; livre-docente em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor do Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil; procurador regional da República, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: wcrburg@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito à vida e direito à integridade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 197-215, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p197

(APA)

Rothenburg, W. C. (2023). Direito à vida e direito à integridade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 197-215. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p197

Referências

ADAMY, Pedro. Renúncia a direito fundamental. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (coord.). *Curso de direito constitucional*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 171-184.

ALEMANHA. [Lei Fundamental (1949)]. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Assis Mendonça. Berlim: Parlamento Federal Alemão, 2021. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 1º set. 2022.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997*. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019*. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13968.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade com arguição de descumprimento de preceito fundamental. Zika vírus. Políticas públicas. Revogação do art. 18 da Lei n. 13.301/2019 pela Medida Provisória n. 894/2019 [...]. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos – Anadep. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 4 de maio de 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754289197>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586/DF*. Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a Covid-19 prevista na Lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.587/DF*. Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a Covid-19 prevista na Lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis [...]. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517731>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*. Estado – Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo

absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interessado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, [2022c]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 71.373/RS*. Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu “debaixo de vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas [...]. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezek. Redator do acórdão: Min. Marco Aurélio, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124.306/RJ*. Direito processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício [...]. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem na Reclamação 2.040/DF*. Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda [...]. Reclamante: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 351.487/RR*. 1. Crime. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual [...]. Recorrentes: João Pereira de Morias ou João Pereira de Moraes e outros; Ministério Público Federal. Recorridos: Os mesmos. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de agosto de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390746>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879/SP*. Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica [...]. Recorrentes: A.C.P.C. e outro(a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). *Recurso de Revista nº 1009-58.2010.5.05.0009*. Dano moral configurado. Submissão a teste do polígrafo (detector de mentiras) [...]. Recorrente: Marcelo Francisco de Menezes Capinan. Recorridas: Swissport Brasil Ltda.; American Airlines Inc. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa, 30 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a4b796d7c15c95199179254c36e2ad7a>. Acesso em: 1º set. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. *Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros*. Salvador: JusPODIVM, 2021.

COLOMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución Política de la República de Colombia*. Buenos Aires: Unesco: IIEP, 2018. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_2000.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo nº 13 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Relativo à abolição da pena de morte em quaisquer circunstâncias. [Lisboa]: Ministério Público Portugal, [2002]. (Série de Tratados Europeus, n. 187). Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_n_13_a_convencao_para_a_proteccao_dos_direitos_do_homem_e_das_liberdades_fundamentais.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente [...]. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: CFM, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 1º set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Mérito, reparações e custas. Vítimas: Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Estado demandado: Brasil. Juízes: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand; PENA-SOLER, Annabelle; PFERSMANN, Otto; PINI, Joseph; ROUX, André; SCOFFONI, Guy; TREMEAU, Jérôme. *Droit des libertés fondamentales*. 4e éd. Paris: Dalloz, 2007. (Précis: Droit Public, Science Politique).

FRUMER, Philippe; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. *Constituição da República Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75-111.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021. (Série IDP).

MOÇAMBIQUE. [Constituição (2004)]. *Constituição da República de Moçambique*. [S. l.: s. n., 2018]. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/mocambique_constituicao.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. In: BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. In: BRASIL. *Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952*. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1952. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OHCHR, c2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. In: BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com Vistas à Abolição da Pena de Morte. In: BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 311, de 2009*. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>. Acesso em: 1º set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. In: BRASIL. *Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

_____. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte. In: BRASIL. *Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2754.htm. Acesso em: 1º set. 2022.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série IDP Linha Direito Comparado).

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Ministério Público Portugal, [2005]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 1º set. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A disponibilidade dos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *Direitos fundamentais, dignidade, Constituição: estudos em homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*. Londrina: Thoth, 2021. p. 277-290.

_____. Extradução: comentários ao art. 5º, LI e LII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva de Léo Ferreira Leony. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 443-454. (Série IDP).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

TAVARES, André Ramos. Direito à vida: comentários ao art. 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva de Léo Ferreira Leony. 2. ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. p. 214-217. (Série IDP).

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [Bruxelas], n. 364, p. 1-22, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 1º set. 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria; PALLANTE, Francesco. *Lineamenti di diritto costituzionale*. 3. ed. Firenze: Le Monnier Università, 2019. (Le Monnier Università. Serie Giuridica).

O contributo da Análise Econômica do Direito para o processo administrativo previdenciário

MARCELO LEONARDO TAVARES
RAFAEL SCHMIDT WALDRICH

Resumo: O objetivo do presente artigo é aplicar critérios da Análise Econômica do Direito para verificar a eficiência na obtenção de decisão final no procedimento administrativo previdenciário, em prazo razoável e respeitando o devido processo legal. Defende a utilização de parâmetros de natureza econômica empenhados em colaborar para a gestão do processo previdenciário sob o trinômio despesa pública-tempo-decisão.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; Economia; eficiência do procedimento.

The contribution of the Economic Analysis of Law to the Social Security Administrative Process

Abstract: This article aims to apply criteria from the Economic Analysis of Law to verify the efficiency in a final decision in the social security administrative procedure, within a reasonable period, under due legal process. It defends the use of parameters of economics in social security process under the trinomial cost-time-decision.

Keywords: Social Security Law; Economy; procedure efficiency.

1 Introdução

Até que ponto critérios utilizados em Economia podem ser valiosos para verificar a eficiência do processo administrativo previdenciário?

Se o meio colocado à disposição de uma pessoa que pretenda obter um benefício de aposentadoria – por exemplo, do Instituto Nacional

Recebido em 12/5/22
Aprovado em 3/8/22

do Seguro Social (INSS) – é um procedimento que tem início com um pedido formulado à Administração e cuja análise pode vir a se encerrar em grau de recurso, é relevante verificar se esse processo é eficiente no que se refere à despesa efetuada pelo Estado para proferir a decisão, possibilitando a um beneficiário o exercício do direito fundamental de natureza prestacional.¹

Não se pretende propor uma análise de custo-benefício sob o viés puramente financeiro do procedimento administrativo de concessão de um benefício, mas sim verificar se o Estado pode empregar melhor seu esforço de gasto público para atingir o objetivo de decidir sobre um pedido previdenciário, com destaque na fase recursal, entregando corretamente o bem da vida do seguro social a quem seja devido.

Da mesma forma, não se tem por objetivo investigar gastos públicos com direitos subjetivos previdenciários – por exemplo, examinar quanto o INSS gasta na despesa com pensões. O objeto do estudo é outro: a razoabilidade de gasto com o procedimento recursal em si, no trinômio despesa-tempo-decisão.

Para este estudo, considera-se eficiente o processo que, ao final, decide com elevado grau de acerto (para deferir ou indeferir o pedido), em tempo razoável, permitindo o exercício de direito de defesa do cidadão e cuja despesa seja baixa.

Em outras palavras, o estudo aplica a Análise Econômica do Direito (AED) para verificar a eficiência na obtenção de um resultado socialmente justo no procedimento administrativo recursal. Defende-se a utilização de parâmetros de natureza econômica empenhados em colaborar para melhores decisões em matéria previdenciária.

Estabelecer diálogo entre o Direito e a Economia não parece ser das tarefas mais fáceis, uma vez que são de fato áreas autônomas (SALAMA, 2011, p. 114): o Direito visa à aplicação daquilo que se entende por justo, ao passo que a Economia se utiliza da precisão científica (POSNER, 2007, p. 25).

A despeito dessas diferenças, entretanto, ambas as ciências lidam com o problema da eficiência. Por isso, é interessante estabelecer sua interlocução para investigar como a aplicação das bases empíricas da Economia pode vir a oferecer novos resultados na concretização do processo administrativo recursal previdenciário.

¹ O Supremo Tribunal Federal reconhece que a “previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III)” (BRASIL, 2013a, p. 11-12).

O artigo é desenvolvido em três seções. Na primeira parte, é apresentado o marco teórico da AED aplicado ao desenvolvimento do tema, com esteio em breve revisão bibliográfica. A seguir, as demais partes cuidarão do procedimento administrativo no âmbito do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), levando em conta o critério de eficiência do procedimento. Nelas, serão identificadas dificuldades operacionais do Conselho que impedem atualmente a adequada exploração de sua potencialidade como mecanismo de revisão dos atos do INSS. Ao final, serão feitas sugestões para o aprimoramento do CRPS, de modo a que se torne mais atrativo aos beneficiários antes de eventual judicialização das questões.

Os métodos de pesquisa são o descritivo e o prescritivo, mediante levantamento bibliográfico e quantitativo de dados.

A AED utiliza as premissas da Economia de forma pragmática e identifica-se como um meio de aplicar o Direito maximizando resultados, entendidos aqui como os do processo concluído em tempo razoável no qual se garanta o devido processo legal com o fim de obter uma decisão de acordo com o Direito.

2 O marco teórico aplicado: a AED relacionada ao processo previdenciário

Com ênfase na racionalidade e com base nas ciências exatas, a Economia passou a colaborar para a gestão de resultados desde os séculos XVIII e XIX;² entretanto, foi na década de 1960 do século XX que estudos evidenciaram a utilidade do uso de critérios econômicos para avaliar a eficiência do sistema jurídico, dando início à AED (COASE, 1960; CALABRESI, 1968).

A partir de então, passou-se a aceitar que critérios econômicos pudessem ser colaborativos na aplicação do Direito, de forma a otimizar resultados (MACKAAY, 2000), mediante análise de custo-benefício na realização da Justiça, considerando o custo, aqui, como tempo³ e despesa.

² Os pensadores econômicos liberais defendiam a autonomia individual e o liberalismo econômico, contrapondo-se a Marx e Engels, filósofos alemães que criticavam a aplicação dos princípios da Economia ao Direito, pois concluíam não ser este uma ferramenta que buscasse a igualdade social, mas sim uma superestrutura adequada à dominação dos trabalhadores pela burguesia. Ver Marx (1980, 2005). Há quem remonte a Análise Econômica do Direito aos séculos XVII, XVIII e XIX, com menor sistematização do que a da teoria elaborada no século XX. Nesse sentido, Mackaay e Rousseau (2015, p. 8) afirmam que “a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o Direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos escoceses do século das Luzes”.

³ Há mais de cem anos, Rui Barbosa, em discurso encaminhado aos formandos da Faculdade do Largo de São Francisco em São Paulo/SP, ao qual não pôde comparecer por

Originalmente, os estudos voltados a premissas econômicas orientaram a aplicação do Direito no sistema norte-americano da *common law*, propondo que as decisões se alinhassem aos precedentes firmados pelas Cortes, garantindo maior segurança jurídica na formação da jurisprudência.

Não obstante, os mesmos fundamentos que norteiam a AED podem ser utilizados no sistema romano-germânico, que submete o julgador à legislação como fonte primária do Direito. A AED é capaz de contribuir para a análise do impacto dos institutos jurídicos legais sobre os agentes econômicos também no modelo da *civil law* (ROSA; LINHARES, 2011, p. 61).

A AED parte da premissa de que as pessoas tomam decisões objetivando maximizar seus ganhos ou resultados e, para isso, tendem a pensar e agir racionalmente baseadas no valor, na utilidade e na eficiência.

O valor a ser analisado deve considerar quanto uma decisão custa em tempo e dinheiro. A utilidade está ligada a dois critérios: (a) o risco (relação do custo/benefício) que a opção feita pode gerar; e (b) o resultado almejado. Por fim, a eficiência do resultado ocorre quando se verifica que os recursos foram devidamente alocados e que se obteve a maximização da utilidade.

Quanto a decisões relacionadas a questões sociais, a obtenção do resultado deve ter por foco não apenas o interesse individual do beneficiário, mas o de toda a sociedade. Assim, a eficiência deve ser compreendida como alocação de recursos que, em uma decisão judicial, maximize a satisfação individual considerando o custo social.

Logo, o que interessa para o presente trabalho é verificar se o procedimento administrativo recursal, como hoje está organizado e colocado à disposição para discutir questões previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é atrativo para o beneficiário e para a sociedade. Caso sejam identificadas disfuncionalidades no sistema, serão feitas sugestões de aprimoramento a fim de torná-lo mais eficiente, de forma que as pessoas possam interessar-se pela via recursal do CRPS antes de propor ações judiciais.

A delimitação do procedimento como problema econômico sugere que o indivíduo (agente econômico) passe a identificar quais serão as consequências desejáveis e as indesejáveis em relação aos possíveis caminhos colocados à disposição (recurso administrativo ou judicialização), de forma a optar pela melhor solução (COOTER; ULEN, 2016, p. 102).

motivos de saúde (lido aos alunos pelo diretor, professor Reinaldo Porchat), já alertava para o impacto da passagem do tempo como critério de ineficiência da aplicação da Justiça: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 2019, p. 58).

Se o sistema administrativo se mostra propício para a obtenção de um resultado justo, em pouco tempo e a baixo custo para a sociedade, há a tendência de que o agente econômico opte por este em vez de ingressar com demandas no Judiciário.⁴

A utilização dos critérios econômicos no Direito avaliará a decisão como eficiente quando os recursos públicos forem alocados de maneira a proporcionar o resultado esperado, trazendo ao agente econômico a sensação de concretização da justiça.

Embora haja limitação para se aplicarem as premissas da Economia em decisões que impliquem custo social, defende-se aqui que nada impede que tais critérios sejam utilizados para se propor um resultado que afete o bem-estar num sistema previdenciário baseado em proteção coletiva.

Com efeito, a AED pode ser útil para o aprimoramento do procedimento previdenciário em grau de recurso, de forma que o conjunto de beneficiários do INSS considere adequado optar por prosseguir pela via administrativa como mais eficiente para a solução das questões, deixando para o Judiciário uma atuação residual.

Acredita-se que as pessoas que se utilizam do sistema de julgamento administrativo previdenciário tenham condições de compreender que existem vantagens na opção pela via do recurso administrativo – desde que elas de fato existam. Para isso, é necessária a alocação de incentivos procedimentais que tornem essa opção racionalmente mais vantajosa, maximizando resultados pela garantia do direito de defesa e pela redução do tempo da fase decisória. O procedimento, assim, proporcionaria a melhor solução para o problema.

E como essa eficiência poderia ser verificada?

O Direito Previdenciário, como uma das espécies do sistema protetivo brasileiro, tem seu RGPS administrado pelo INSS, autarquia federal de direito público interno. Da relação jurídica que se estabelece entre o contribuinte e o sistema protetivo emanam direitos e deveres, que, via de regra, estão definidos em lei. Não obstante, o INSS, no fluxo entre o requerimento e o resultado deste, em vez de utilizar a lei como lastro de suas decisões, utiliza preferencialmente regulamentos e instruções normativas, o que faz com que determinadas interpretações da legislação, fixadas na normatização interna, venham a propor entendimentos divergentes do efetivo sentido da lei. Assim, algumas respostas, oriundas

⁴ O art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, [2022a]). Logo, mesmo sendo necessário requerer o benefício previdenciário, administrativamente, antes do ingresso na via judicial, não há necessidade de esgotamento daquela via (não há compulsoriedade em recorrer) previamente à judicialização. Ver Brasil (2014).

da Administração Pública, passam a ser questionadas perante determinados órgãos de controle.

O problema econômico surge quando a decisão do INSS não ocorre de modo a satisfazer às expectativas do segurado baseadas na lei, o que pode ocorrer com o reconhecimento parcial do pedido ou com o seu próprio indeferimento. A resolução desses problemas econômicos poderá ocorrer em dois espaços: no Conselho de Recursos da Previdência Social e no Poder Judiciário.

Segundo as premissas da Economia, as pessoas agem por incentivos e alocam seus recursos de forma a maximizar resultados e obter maior satisfação. Quanto maior o número de agentes econômicos, mais complexa é a solução do problema e, em princípio, mais custoso é o processo. Assim, em tese, o melhor ambiente para a solução do problema é o CRPS, por envolver número menor de agentes, do que resulta menor custo operacional.

De fato, a quantidade dos agentes envolvidos é menor no CRPS do que no Judiciário. No CRPS, estão envolvidos no recurso o segurado recorrente, o servidor que defende o INSS e os conselheiros que analisarão e julgarão a demanda. No Poder Judiciário, além do segurado e seu representante legal, o membro da Advocacia-Geral da União (AGU), do Ministério Público Federal (MPF) e o magistrado.

Entretanto, o gasto público não pode ser usado como critério isolado da eficiência. Se a via recursal, em que pese menos onerosa, não resulta ao final num resultado eficiente, não será vista como interessante pelo agente econômico principal, que é o beneficiário.

O uso dos critérios da AED é útil para identificar os motivos pelos quais eventualmente a via menos onerosa para rever os atos praticados pelo INSS, o CRPS, não é, de fato, objeto de prioridade dos usuários. Nesse caso, confirmada a hipótese de crise de eficiência, abre-se margem para a apresentação de propostas de aprimoramento do sistema administrativo de modo a torná-lo atrativo.

A solução tem potencial para ajudar a realinhar o grau de confiança que se tem nas decisões de controle administrativo em relação àquelas proferidas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, existem incentivos que os indivíduos devem considerar, além do quantitativo de agentes que se relacionam com o problema econômico: a duração razoável do processo, a autonomia das decisões e sua efetividade. Essas questões influenciarão os beneficiários na escolha do órgão de controle a ser provocado para resolver a questão previdenciária.

O fato é que a utilização banalizada e indiscriminada do Poder Judiciário para resolver demandas, após o primeiro indeferimento feito pelo INSS a um pedido de aposentadoria ou pensão, pode vir a comprometer a eficiência do processo decisório global.

Todavia, para que decida em qual ambiente prefere debater seu direito (problema econômico) – recurso administrativo ou ação judicial –, o beneficiário precisa conhecer os incentivos existentes no que se refere à efetividade das decisões, à segurança jurídica e ao respeito ao devido processo legal.

O pretendente a aposentado ou pensionista, por óbvio, quando opta por recorrer da decisão adotada pelo INSS na via administrativa, ou em propor ação judicial diretamente, leva em conta os referidos aspectos considerados como de maximização de resultado.

Reconhece-se que hoje exista um sentimento de que as soluções dos conflitos devam ser, necessariamente, debatidas no âmbito do Poder Judiciário; a despeito de, no que diz respeito aos resultados de conflitos previdenciários, não raro ser o órgão de controle administrativo quem produz decisões mais vantajosas sob aspecto de eficiência do que as decorrentes das ações judiciais.

Assim, essa impressão inicial de maximização de resultado no âmbito judicial, sem que esteja baseada em elementos de verificação de eficiência, pode significar uma miragem institucional que não produza a melhor solução para o beneficiário.

Um exemplo disso pode ser verificado no caso *Aguiar v. INSS* (BRASIL, 2017a), em que a segurada, inicialmente, requereu sua aposentadoria rural por idade, e o INSS, após analisar os documentos apresentados, indeferiu o pedido por entender que não ficara comprovado o número mínimo de meses necessário para cumprir a carência do benefício.

Inconformada, interpôs recurso ao CRPS e reiterou ser agricultora, alegando que os documentos apresentados comprovariam a atividade rural. Após analisar os documentos e o recurso, o tempo de trabalho no campo foi computado e houve determinação para o INSS conceder o benefício. A autarquia ainda apresentou recurso especial à segunda instância do CRPS, que, por ser intempestivo, não foi conhecido; consequentemente, garantiu-se o direito da segurada ao benefício. Contudo, logo após essa decisão, o INSS informou ao CRPS que a segurada também havia proposto ação judicial (BRASIL, 2013b), em paralelo ao recurso administrativo, cuja decisão fora improcedente. Como corolário do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁵, que acarreta a prevalência da solução judicial sobre a administrativa, o CRPS reviu sua decisão e negou provimento ao recurso da segurada.

Analisando o fluxo do exemplo acima, com base nos fundamentos teóricos da AED, a beneficiária estava envolvida em um problema

⁵ Art. 5º, XXXV, da CRFB (nota anterior).

econômico, mas aplicou mal seus recursos institucionais e, com isso, comprometeu o resultado, deixando de obter uma resposta eficiente, satisfatória. Aqui, é possível apontar ao menos duas questões que devem ter pesado na má alocação de recursos: a probabilidade de a beneficiária desconhecer os incentivos de opção entre as duas vias; e, outra, o cálculo mal feito de seu custo da transação.

Nessas condições, verifica-se que os fundamentos teóricos da Análise Econômica do Direito podem ser usados de forma a maximizar o resultado na escolha entre a via administrativa ou a judicial.

Consideradas essas premissas teóricas, resta verificar como elas podem contribuir para a melhoria do funcionamento do sistema decisório administrativo de forma a torná-lo atraente como opção prioritária para a solução das questões previdenciárias.

Identificadas eventuais disfuncionalidades no sistema recursal, pretende-se sugerir aprimoramentos para torná-lo uma opção que seja considerada eficiente, tanto na perspectiva do beneficiário como do Estado, equilibrando seus custos de transação, pois um órgão administrativo de controle de legalidade somente faz sentido se a vantagem por sua existência for maior do que o custo para mantê-lo (COASE, 1960, p. 13).

Para isso, é necessário apresentar dados para eventual mudança de incentivos na realocação de recursos e nos ajustes dos custos de transação.

A seguir, será examinada a realidade do CRPS, a quem cabe, em grau de recurso, efetuar o controle administrativo dos atos praticados pelo INSS.

3 A AED contribui para os conceitos de valor, de utilidade e de eficiência no recurso previdenciário

A aplicação da AED considera questões de natureza econômica e jurídica que envolvem direitos subjetivos, desde a origem até a efetiva concretização.

Critérios como valor, utilidade e eficiência são parâmetros a serem considerados em escolhas racionais adotadas em cenário jurídico de recursos limitados (POSNER, 2007, p. 25). Partindo-se da premissa de que as pessoas almejam o melhor resultado possível, a eficiência significa a utilização otimizada de recursos para gerar valores mais satisfatórios. Para isso, a AED busca prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico com base na racionalidade e no empirismo (POSNER, 2011, p. 11).

No Direito Previdenciário, quando o segurado preenche os pressupostos para ter acesso a uma prestação (por exemplo, a uma aposentadoria),

provoca a manifestação da Administração (INSS), que pratica um ato jurídico decisório passível de atingir três resultados: i) reconhecer a totalidade do pedido, ii) negar o pedido ou iii) reconhecer em parte o pedido. As situações ii) e iii) são potencialmente geradoras de conflito e poderão ser questionadas no âmbito do CRPS ou do Poder Judiciário.

O Conselho de Recursos da Previdência Social é órgão da União (não do INSS) que tem natureza de tribunal administrativo e manifesta-se quando provocado pelo beneficiário, a partir de uma decisão praticada pelo INSS que contrarie total ou parcialmente a pretensão a um direito subjetivo, provocando sua revisão de mérito. Esse órgão avalia se está correta tanto a análise fática realizada pelo INSS quanto sua interpretação sobre os atos normativos aplicados. Caso entenda que a autarquia não decidiu adequadamente, o Conselho procederá à revisão. O beneficiário também pode optar em discutir a questão diretamente perante o Judiciário.

Com essas duas opções de resolução de conflito, o que pareceria mais interessante para o administrado sob a óptica da AED: recorrer ao CRPS ou propor uma ação judicial?

Conforme visto antes, existem três premissas da Economia importantes para a tomada dessa decisão: valor, utilidade e eficiência. O valor está relacionado ao custo dispendido pela busca do resultado e envolve questões como taxas processuais e os efeitos das decisões (no caso da coisa julgada). Por sua vez, a utilidade é relacionada ao risco (custo/benefício) esperado pela decisão. Por fim, a eficiência visa a garantir um desempenho satisfatório, que pode ser abordado sob duplo aspecto: i) a melhor atuação do agente público no desempenho; e ii) a melhor organização, disciplina e estrutura da Administração Pública (DI PIETRO, 2011, p. 83).

No que se refere ao valor, o acesso ao CRPS não envolve pagamento de taxa pelo beneficiário. Quanto aos efeitos dos atos, caso o CRPS não dê provimento ao recurso, essa decisão não faz coisa julgada e não impede que o pleito seja renovado ao INSS ou que a demanda seja levada ao Judiciário.⁶ Por outro lado, se após o indeferimento do INSS a parte interessada optar por demandar seu conflito diretamente perante o Poder Judiciário – além de pagar taxa, caso a decisão de mérito seja por não reconhecer o direito da parte –, essa decisão vinculará pedidos futuros, tornando-se imutável pela formação da coisa julgada.

Assim, se forem considerados os efeitos dos respectivos julgamentos, demandar diretamente o Poder Judiciário logo após a decisão contrária do INSS representa custo e risco maior de insucesso definitivo do que inicialmente recorrer ao CRPS. Sob o aspecto de valor, portanto, é mais favorável ao beneficiário a via do recurso administrativo.

Quanto à utilidade relacionada ao risco de qual caminho decidir, devem ser apontadas duas questões. A primeira é quanto à forma como as decisões são tomadas. As Juntas de Recurso do CRPS são órgãos colegiados compostos por dois representantes do governo, um representante dos trabalhadores e um representante das empresas; em caso de empate, prevalece a vontade do governo (BRASIL, 2017b, [2020]).

Em segundo lugar, deve ser destacada a amplitude de análise das questões. O CRPS tem suas decisões vinculadas a pareceres e súmulas da AGU (BRASIL, 1993, [2018]), bem como a

⁶ Nesse sentido, o Tema 283 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU): “A coisa julgada administrativa não exclui a apreciação da matéria controvertida pelo Poder Judiciário e não é oponível à revisão de ato administrativo para adequação aos requisitos previstos na lei previdenciária, enquanto não transcorrido o prazo decadencial” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2021).

seus enunciados (BRASIL, 2017b); além disso, dá especial valor a atos normativos produzidos no âmbito do Poder Executivo como decretos e instruções. Por outro lado, relativamente ao Judiciário, os magistrados julgam com base na Constituição e nas leis e gozam de maior liberdade interpretativa para aplicá-las, não ficando vinculados a atos administrativos praticados pelo Executivo. Por fim, o Judiciário tem a possibilidade de declarar ilegais atos administrativos que contrariem a lei e declarar inconstitucionais leis e atos normativos que violem paradigmas constitucionais, o que está fora das atribuições do CRPS.

Quanto a risco, o CRPS não tem muita autonomia decisória se comparado com o Judiciário. Logo, há tendência de que os votos, no âmbito do CRPS, sejam numericamente mais favoráveis ao governo, reduzindo as chances de sucesso dos beneficiários. A falta de autonomia do CRPS, seja i) em decorrência de sua composição e forma de votação, seja ii) pelo atrelamento a pareceres e súmulas da AGU, seja iii) pela impossibilidade de declarar a invalidade de atos do Poder Público, é determinante para que o beneficiário avalie que a demanda judicial oferece menor risco de insucesso.

Por fim, a eficiência, que deve levar em conta a maximização do resultado esperado, acaba por incorporar os elementos anteriores, de valor e de utilidade, ao processo de escolha.

Na próxima seção, será realizada a análise do quadro atual de (in)eficiência do funcionamento do CRPS, com apresentação de algumas sugestões para torná-lo via interessante de controle de atos do INSS. Para isso, devem ser previstos incentivos procedimentais para a atuação do Conselho, bem como aprimoramento em sua estrutura e valorização dos órgãos de decisão.

4 Uma análise do CRPS e propostas para torná-lo mais atrativo

Com base nos parâmetros da AED, constatou-se que a existência de um órgão administrativo de controle dos atos previdenciários praticados pelo INSS é essencial para a concretização da justiça e também para estabelecer parâmetros de segurança jurídica.

A estruturação adequada do CRPS para o exercício de sua atribuição, de forma a incentivar que, sob critérios racionais, se torne mais atraente na busca da eficiência, passa pela análise de seus problemas funcionais e de propostas de solução. O custo financeiro de manutenção do sistema recursal não é elevado, sendo este um dado relevante para o governo investir na qualidade de sua atuação.

Tabela 1

	2016	2017	2018	2019
Total de recursos julgados (JRPS e CAJ)	251.325	275.549	285.319	347.539
Custo do recurso na JRPS	R\$ 208,44	R\$ 194,86	R\$ 190,04	R\$ 165,69
Custo do recurso na CAJ	R\$ 223,22	R\$ 209,64	R\$ 204,82	R\$ 180,47

Fonte: Boletim de Pessoal e Serviço (2020).

Da Tabela 1, infere-se que, para os recursos de primeira fase no CRPS (linha – recurso JRPS), o custo da decisão em 2016 foi de R\$ 208,44, ao passo que em 2017 foi de R\$ 194,86, em 2018 de R\$ 190,04 e, em 2019, R\$ 165,69. O custo de todo procedimento recursal no CRPS (somatório das duas últimas linhas – JRPS + CAJ) foi de R\$ 431,66 em 2016, R\$ 404,50 no ano de 2017, R\$ 394,86 em 2018 e, em 2019, de R\$ 346,16.

Além do custo relativamente baixo para produção de seus resultados, investir na melhoria do funcionamento do Conselho pode revelar-se útil ao governo, pois a implantação de um benefício, em decorrência de decisão do CRPS, afasta a incidência de juros e de multa nos valores atrasados, sendo aplicada somente a correção monetária. Evita também maiores gastos que ocorrem quando da judicialização da demanda previdenciária – por exemplo, o gasto com a participação de defesa do INSS pela Procuradoria Federal.

Desse modo, na óptica do Poder Executivo, a garantia do funcionamento adequado de um órgão de controle dos atos administrativos como o CRPS é estrategicamente interessante.

Porém, isso não basta: sob aspecto de eficiência, o sistema precisa ser interessante também para o beneficiário, proporcionando-lhe a entrega do bem da vida – decisão – em curto prazo, com qualidade técnica, segurança jurídica e respeitando o devido processo legal. Na visão do usuário, na prática, os resultados produzidos pelos julgamentos do CRPS ainda não refletem a concretização de um efetivo controle exógeno dos atos administrativos do INSS.

A seguir, serão apresentados alguns fatores que dificultam o funcionamento do Conselho, a fim de possibilitar sugestões de melhoria para viabilizar o CRPS como opção eficiente para a resolução dos conflitos previdenciários.

A dependência estrutural e orçamentária do CRPS em relação ao governo é o primeiro apontamento apresentado. A forma como hoje o CRPS é organizado não colabora para atingir sua finalidade. O Conselho é órgão da administração subordinado ao Ministério da Economia e não tem previsão orçamentária própria na Lei Orçamentária Anual, o que o torna dependente da Secretaria de Trabalho e Previdência – inclusive

para o pagamento do incentivo remuneratório dos conselheiros. O CRPS é engessado financeiramente para realizar melhorias e vulnerável a intervenções políticas que desestabilizam um projeto de administração com autonomia.

A instabilidade e a incerteza de verbas orçamentárias tende a inviabilizar a segurança jurídica de gestão, pois, para um adequado planejamento, é necessário saber com qual recurso econômico se poderá contar, independentemente da aprovação do Ministério para a realização de cada despesa. Além disso, o CRPS depende estruturalmente do próprio INSS, autarquia cujas decisões têm por atribuição controlar, pois as unidades de julgamento normalmente são sediadas em prédios do instituto. Tudo isso gera dependência administrativa e a percepção, não sem razão, por parte da sociedade, de que o CRPS é um mero órgão de homologação das decisões do INSS (a percepção popular, na realidade, é a de que o CRPS seja um órgão do próprio INSS, e não da União), influenciando de forma relevante para a aparência de parcialidade. Como consequência, há uma “fuga” na direção da demanda judicial de questões que poderiam ser objeto de análise pelo Conselho – o que provoca impactos na sua eficiência.

Esse fator influi negativamente no elemento de “utilidade” pela AED, pois, no exame de custo-benefício feito pelo beneficiário na escolha entre recorrer ao CRPS ou propor uma ação judicial, há tendência pelo incremento da judicialização, diante da percepção de que a análise do recurso levará a improvável reforma da primeira decisão.

A solução passa por proposta legislativa para garantir autonomia administrativa, financeira e orçamentária ao CRPS, mas também – o que independe de lei – por dar condições de trabalho independentes ao Conselho, mediante estrutura administrativa própria, com assessoria adequada e não utilização de meios do INSS.

O segundo ponto relevante, ainda sob aspecto estrutural, e que decorre também de dependência institucional, é a falta de autonomia tecnológica. Toda a assistência em tecnologia, informação e segurança é prestada pela Dataprev, empresa pública vinculada ao Ministério da Economia.

Quanto à tecnologia da informação, a operacionalização do procedimento previdenciário ocorre em duas instâncias: a primeira, pelo INSS, que recebe os pedidos dos benefícios e os processa; a segunda, pelo CRPS, que julga as demandas recursais. Contudo, a arquitetura e o desenvolvimento dos sistemas de informática não colaboram para a eficiência do órgão de controle.⁷ Além disso, a falta de implantação de dinâmicas com o uso de inteligência artificial contribui diretamente para a morosidade procedimental e cria barreira tecnológica para o beneficiário recorrer administrativamente.

A proposta passa não necessariamente pela instalação de sistemas informatizados independentes para o INSS e para o CRPS, mas por algo mais simples: a criação de funcionalidades para a instância recursal que estabeleçam contato entre o usuário e o Conselho, adequadas às necessidades de trabalho deste órgão.

O terceiro ponto, de natureza mais abrangente, é relacionado a fatores de produção de resultados, sob aspectos quantitativos e qualitativos, como i) a duração razoável do processo; ii) a autonomia decisória para o controle dos atos administrativos; iii) o incentivo remuneratório dos conselheiros; e iv) a efetividade das decisões. Tudo isso também tende a prejudicar a opção pelo CRPS para exercer o controle dos atos administrativos.

⁷ Por exemplo, a interposição de um recurso administrativo não é feita perante o CRPS. Qualquer peça dirigida ao Conselho é protocolada no sistema do INSS (pelo Meu INSS ou INSS Digital). Além disso, as informações dos sistemas do INSS (CNIS, Plenus, SAT e GET) não migram automaticamente para o sistema recursal (e-Sirec) (BRASIL, 2017b).

A duração razoável do processo constitui direito fundamental do cidadão. Existem três fatores principais que contribuem para a demora no julgamento de recursos. O primeiro decorre da ineficiência tecnológica, como visto. O segundo está relacionado ao número baixo de conselheiros em relação ao volume de demanda recursal, o que faz com que as Juntas de Recursos não consigam dar resolutividade razoável à distribuição que recebem. Por exemplo, em 2019, a resolutividade equivaliu a somente 57% dos recursos protocolados naquele ano. Somado o estoque dos anos anteriores e a tendência à manutenção desse quadro de coisas, é provável que o sistema entre em colapso nos próximos anos, e que isso seja mais um incentivo à judicialização das demandas (ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2019). Assim, além da necessidade de uma reformulação em tecnologia e informação, a nomeação de conselheiros em número compatível com a atual demanda é medida necessária para dar resolutividade aos trabalhos do Conselho.

A falta de autonomia decisória do CRPS, como já visto, frustra o objetivo de alcançar a justiça administrativa, seja pela prevalência dos votos dos representantes do governo no colegiado, seja pela vinculação dos conselheiros a pareceres e súmulas da AGU, seja pela impossibilidade de controle de legalidade e de constitucionalidade de atos normativos.

O efeito daninho desse controle “por cima” reflete-se na ampla vantagem que o INSS tem em fazer prevalecer seu entendimento sobre o dos beneficiários. Observe-se a Tabela 2.

Tabela 2

2019	
Ação	Quantidade
Recursos ordinários interpostos	548.739
Recursos ordinários julgados	313.341
Recursos ordinários providos	50.058
Recursos ordinários parcialmente providos	20.806
Recursos ordinários não providos	183.061
Recursos ordinários não conhecidos	58.336

Fonte: Anuário Estatístico da Previdência Social (2019).

Em 2019, dos mais de trezentos mil recursos julgados na primeira fase nas Juntas de Recurso do CRPS (recursos ordinários), quase 80% tiveram decisões completamente contrárias aos interesses dos beneficiários (recursos não conhecidos e não providos). Se for adicionado o número dos recursos parcialmente providos (no sentido de que foram parcialmente não providos), o percentual sobe para aproximadamente 83%.

Propõem-se duas alterações legislativas. Uma para que a presidência dos órgãos colegiados recursais do CRPS seja periodicamente objeto de revezamento entre representantes do governo e da sociedade e, em caso de empate, prevaleça o voto da presidência.

Sugere-se, além disso, que os votos dos conselheiros não fiquem vinculados a atos da AGU (pareceres e súmulas da Administração deveriam ser observados compulsoriamente somente pelo INSS).

O CRPS poderia elaborar súmulas administrativas vinculantes para seus próprios órgãos; e os votos também deveriam observar compulsoriamente a jurisprudência produzida pelo Judiciário, não apenas as decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no controle concentrado de constitucionalidade, mas também observar decisões dos enunciados de súmulas vinculantes do STF, acórdãos de incidente assunção de competência e resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinários pelo STF ou especial pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), enunciados de súmula do STF em matéria constitucional ou do STJ em matéria infraconstitucional.⁸

Essa proposta teria dois aspectos positivos: traria independência do CRPS em relação à vontade do governo, e alinharia suas decisões à jurisprudência do Judiciário, trazendo economia processual, segurança jurídica e confiabilidade de que o recurso administrativo mereceria abordagem, nas questões jurídicas, de acordo com o que é feito no Judiciário, a quem cabe dar a última palavra sobre as questões.

Além disso, para evitar que os conselheiros representantes do governo fiquem sujeitos a eventuais consequências de perseguição pelo exercício de sua função, sugere-se que haja previsão normativa de garantia de inamovibilidade temporária para os servidores pelo prazo de dois anos após a cessação do mandato no CRPS.

Há ainda a questão remuneratória. O trabalho do conselheiro do CRPS envolve capacidade intelectual de produzir decisões adequadas, após o exame dos fatos e a interpretação da legislação. Em vez de receberem por sessão de julgamento, os conselheiros representantes da sociedade são remunerados pelo número de processos nos quais são relatores (BRASIL, 2017b).

O jeton fundado em número de processos faz com que naturalmente o conselheiro procure maximizar seu ganho remuneratório. Assim, acaba colocando seu esforço no aspecto numérico da produtividade em detrimento da qualidade. Diante disso, mais vale julgar rapidamente vários processos do que se dedicar a um recurso mais complexo numa sessão.

⁸ Utilizando como parâmetro o art. 927, do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2022b]).

Portanto, vincular a remuneração do conselheiro do CRPS a número de processos como relator, independentemente da complexidade da matéria deliberada, contribui para que a qualidade das decisões acabe prejudicada, o que influi na avaliação de custo-benefício do beneficiário para recorrer ou judicializar a questão. Por fim, mesmo a existência de um órgão de controle eficiente dos atos administrativos de nada adiantaria se suas decisões não fossem cumpridas.

A duração razoável do processo não se relaciona somente com o tempo para a tomada da decisão, mas também com seu efetivo cumprimento. O que se verifica é que reiteradamente o INSS não cumpre as decisões do CRPS, fazendo com que o recorrente tenha que acionar o Poder Judiciário, mediante uso de mandado de segurança, apenas para implantar aquilo que já foi reconhecido administrativamente.

Esse quadro fático é bem grave porque a falta de efetividade, a não entrega do bem da vida consistente no direito fundamental e de natureza alimentar, pode colocar por terra qualquer esforço de melhora na eficiência quanto ao procedimento instrutório e ao ato decisório.

Não há eficiência possível sem efetividade de execução. Nesse sentido, propõe-se que a lei passe a prever a possibilidade de o Conselho de Recursos ter poder para aplicar alguns institutos processuais como o da tutela provisória de urgência para os casos em que, presentes os pressupostos de probabilidade da existência do direito subjetivo do segurado e o perigo na demora, e aplicação de multa em favor do beneficiário em caso de o INSS não cumprir as determinações do CRPS em determinado prazo. Além disso, a lei poderia estimular mecanismos de acordo entre o segurado e o INSS em fase recursal a fim de pôr termo antecipado a demandas em que a divergência não fosse relevante.

A existência do CRPS e a concretização da sua função institucional de forma eficiente devem implicar que suas decisões ocorram em um tempo razoável, estejam alinhadas com o interesse público, respeitem o devido processo legal e sejam efetivas.

Somente assim a escolha pela via administrativa tornar-se-á interessante como opção prioritária para os beneficiários.

5 Conclusão

O artigo aplicou critérios da AED para verificar a eficiência na obtenção do resultado socialmente justo no procedimento administrativo recursal de controle dos atos do INSS e defendeu que, em matéria previdenciária, parâmetros econômicos podem contribuir para a melhoria das atividades do CRPS sob o trinômio despesa pública-tempo-decisão.

A preocupação foi a de verificar se o Estado pode empregar melhor seu esforço de gasto público para atingir o objetivo de decidir sobre um pedido previdenciário, assegurando o bem da vida do seguro social a quem seja devido. Para isso, partiu do princípio de ser eficiente o julgamento do recurso pelo CRPS que, com elevado grau de qualidade técnica na apreciação dos fatos e na aplicação da legislação, seja proferido em tempo razoável, permita o exercício de direito de defesa do cidadão e cuja despesa seja razoável.

Após demonstrar que o custo financeiro do processo em fase de recurso no CRPS é baixo, procurou identificar gargalos de ineficiência e propor soluções de melhoria, de forma que os beneficiários do INSS, diante de uma primeira decisão contrária da autarquia, tenham incentivos para optar pelo recurso administrativo em vez da judicialização, observados os parâmetros de valor, utilidade e eficiência próprios da AED.

Com base nisso, o artigo destacou que a dependência estrutural e orçamentária do CRPS em relação ao governo é um fator contrário à eficiência, pois o torna engessado financeiramente e vulnerável a intervenções políticas que desestabilizam um projeto de administração com autonomia. Além disso, gera a percepção de que o Conselho seja um órgão de mera homologação das decisões do INSS. Propôs-se alteração legislativa para garantir autonomia administrativa, financeira e orçamentária ao CRPS, além de capacidade própria em tecnologia da informação.

Foram identificados problemas que prejudicam a produção de resultados, sob aspectos quantitativo e qualitativo, relacionados à duração razoável do processo, à autonomia decisória dos conselheiros e à efetividade das decisões. Observou a falta de independência decisória dos conselheiros, obrigados a respeitar pareceres e súmulas da AGU, dando ao governo capacidade de impor “por cima” determinada interpretação da lei previdenciária. Da mesma forma, concluiu que o CRPS é, por conta da composição, influenciado pela visão governamental das questões previdenciárias.

Este trabalho sugeriu a alteração legislativa para que o CRPS não fique vinculado a atos da AGU. O CRPS poderia elaborar súmulas administrativas a serem seguidas por seus próprios órgãos; e também deveria ficar vinculado a determinadas decisões do Judiciário, alinhando sua jurisprudência à daquele que, ao fim, dará a última palavra sobre as questões, trazendo segurança jurídica e confiabilidade.

O estudo propôs: i) o revezamento na presidência dos órgãos de CRPS entre representantes do governo e da sociedade e, em caso de empate no julgamento, a prevalência do voto do presidente; ii) que seja garantida a inamovibilidade por dois anos dos conselheiros do governo que exerçam cargos públicos efetivos, na lotação anterior, após a cessação do mandato, protegendo-os de eventual perseguição política; e iii) a modificação no

critério remuneratório dos conselheiros de representação dos trabalhadores e das empresas, para que passem a receber jeton por sessão de julgamento, e não por relatoria de processos.

Por fim, quanto à crise de efetividade do cumprimento pelo INSS das decisões proferidas pelo CRPS, houve proposta de que a lei passe a prever a possibilidade de o Conselho de Recursos ter poder para aplicar alguns institutos processuais como o da tutela provisória de urgência, multa pelo atraso, e realização de acordos.

No final, a pesquisa constatou que o quadro atual de funcionamento do CRPS é desfavorável para a produção de justiça administrativa e para que o órgão seja visto pelos beneficiários como opção imparcial, eficiente e adequada para o controle dos atos do INSS. A organização normativa e administrativa não estimula atualmente a maximização de resultados na visão dos segurados, com base nos critérios de valor e utilidade da Análise Econômica do Direito.

Acredita-se que as propostas apresentadas contribuam para o aprimoramento institucional do sistema administrativo recursal, tornando-o mais eficiente. Como consequência, espera-se que, adotadas pelo menos em parte as providências sugeridas, haja diminuição da judicialização das questões previdenciárias, dando-se preferência ao controle dos atos administrativos pela via recursal.

A manutenção do CRPS não pode ser interessante para o governo por ser solução de baixo custo e controlada “por cima”. A visão precisa ser outra e direcionada aos beneficiários, para o fim de garantir proteção dos direitos fundamentais e prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A via administrativa deve ser eficiente, efetiva e atrativa, capaz de realizar justiça social em pouco tempo, com segurança jurídica e respeito ao devido processo legal.

Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França, e em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux, Bordeaux, França; professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: marceloltavares68@gmail.com

Rafael Schmidt Waldrich é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, SC, Brasil; doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor de Direito Previdenciário da Univali, Itajaí, SC, Brasil; conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: professor_rafaelsw@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo; WALDRICH, Rafael Schmidt. O contributo da Análise Econômica do Direito para o processo administrativo previdenciário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 217-236, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p217

(APA)

Tavares, M. L., & Waldrich, R. S. (2023). O contributo da Análise Econômica do Direito para o processo administrativo previdenciário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 217-236. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p217

Referências

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: AEPS 2019. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, v. 26, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/dados-abertos-previdencia-social>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. (Edições do Senado Federal, v. 271). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/564558>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BOLETIM DE PESSOAL E SERVIÇO. Brasília, DF: Ministério da Economia, n. 106, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. Ministério da Previdência Social. Conselho de Recursos da Previdência Social (4. Câmara de Julgamento. 1. Composição Adjunta). *Processo nº 44232.011565/2013-97*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Maria das Graças Aguiar. Relator: Cons. Rafael Schmidt Waldrich, 16 de fevereiro de 2017a.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. *Portaria nº 116, de 20 de março de 2017*. Aprova o Regimento Interno do Conselho de Recursos do Seguro Social – CRSS do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. [Brasília, DF]: MDSA, 2017b. Disponível

em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/REGIMENTO_2017_116%20%20ALTERA%C3%87%C3%95ES_ago.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 626.489/SE*. Recurso extraordinário. Direito previdenciário. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revisão do ato de concessão de benefício. Decadência [...]. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Recorrida: Maria das Dores Oliveira Martins. Relator: Min. Roberto Barroso, 16 de outubro de 2013a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=260435938&ext=.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 631.240/MG*. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir [...]. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Recorrida: Marlene de Araújo Santos. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275839084&ext=.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Subseção Judiciária de Vitória da Conquista (1. Vara Federal). *Procedimento do Juizado Especial Cível nº 5053-13.2013.4.01.3307*. Autora: Maria das Graças Aguiar. Réu: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Julgador: Juiz Federal João Batista de Castro Júnior, 18 de dezembro de 2013b.

CALABRESI, Guido. Transaction costs, resource allocation and liability rules – a comment. *The Journal of Law and Economics*, [Chicago], v. 11, n. 1, p. 67-73, Apr. 1968. DOI: <https://doi.org/10.1086/466644>. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/3164/Transaction_Costs_Resource_Allocation_and_Liability_Rules.pdf?sequence=2. Acesso em: 19 ago. 2022.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, [Chicago], v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. DOI: <https://doi.org/10.1086/466560>. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil) (Turma Nacional de Uniformização). *Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) nº 5002117-85.2019.4.04.7202/SC*. Previdenciário. Pedido de uniformização de interpretação de lei. Revisão de ato administrativo. Apreciação pelo Poder Judiciário. Coisa julgada administrativa. Inafastabilidade da jurisdição. Objeto de afetação em representativo de controvérsia [...]. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Requerido: Nadir Delmino Favetti. Relatora: Juíza Federal Susana Sbrogio Galia, 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/50021178520194047202-TEMA-283.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6th ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

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

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (ed.). *Encyclopedia of law and economics: the history and methodology of law and economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117.

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

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. v. 2. (Coleção Perspectivas do Homem. Série Economia, v. 38).

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF).

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALAMA, Bruno Mayerhof. Direito e economia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. p. 101-116. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00237