

Revista

# DIREITOS HUMANOS

fundamentais



<b>Editor Responsável</b>	Luiz Fernando da Costa e Silva
<b>Coordenação Editorial</b>	Gerson Amauri Calgaro
<b>Comissão Editorial</b>	Ana Maria de Pinho
<b>Projeto Gráfico</b>	Carla de Araújo Risso
<b>Técnico Editorial / Diagramação / Capa</b>	Rodolfo Rodrigues Domingos

Direitos reservados à *Campus Vila Yara*  
**EDIFIEO** Editora da **FIEO** Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco  
06020-190 Osasco SP Brasil  
Fone 11 3651 9980  
www.unifieo.br  
edifieo@unifieo.br

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo

Revista Direitos Humanos Fundamentais / UNIFIEO – Centro  
Universitário FIEO. Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Stricto sensu. Ano 18, n.2 (2018) – Osasco : EDIFIEO, 2018.  
v. ; 26 cm

Semestral  
Continuação de: Revista Mestrado em Direito. Direitos  
Humanos Fundamentais.  
ISSN: 2358-9949

1. Direitos Humanos - Periódicos. I. UNIFIEO – Centro  
Universitário FIEO. Programa de Pós-Graduação em Direito.  
Stricto sensu.

CDU 34  
CDU 340

*Campus Vila Yara*  
Av. Franz Voegeli, 300  
06020-190 Osasco SP Brasil

*Campus Wilson*  
Av. Franz Voegeli, 1743  
06020-190 Osasco SP Brasil

<b>Reitor e Pró-Reitor Administrativo</b>	Edmo Alves Menini
<b>Pró-Reitor Acadêmico</b>	Nivaldo Elias Pilão
<b>Pró-Reitor de Extensão e Cultura</b>	Fernando Pavan Baptista
<b>Pró-Reitor de Desenvolvimento e Relações Comunitárias</b>	Antônio Cláudio da Costa Machado

<b>Coordenadora do Curso de Mestrado</b>	Anna Candida da Cunha Ferraz
<b>Vice Coordenador do Curso de Mestrado</b>	Gerson Amauri Calgaro

<b>Editor Chefe</b>	Gerson Amauri Calgaro
<b>Editora Adjunta</b>	Anna Candida da Cunha Ferraz
<b>Editor Adjunto</b>	João Luiz Barbosa
<b>Editor Adjunto</b>	Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
<b>Revisor</b>	Antônio Cláudio da Costa Machado
<b>Revisora</b>	Ana Maria de Pinho
<b>Revisora Convidada</b>	Maria Deosdédite Giareta Chaves

## Conselho Editorial

### Conselheiros Nacionais

Alexandre de Moraes – USP/FD/SP;  
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – UNICEUB/  
FD/DF;  
Carlos Luiz Strapazzon – UNOESC/FD/SC;  
Eduardo Biacchi Gomes – UNIBRASIL/FD/PR;  
Eduardo Carlos Bianca Bittar – USP/FD/SP;  
Elival da Silva Ramos – USP/FD/SP;  
Eneá de Stutz e Almeida – UNB/FD/DF;  
Fernanda Dias de Menezes – USP/FD/SP;  
Georgenor de S. Franco Filho – UNAMA/FD/PA ;  
Gustavo Just – UFPE/FD/PE;  
Ingo Wolfgang Sarlet – PUC/FD/RS;  
João Maurício Leitão Adeodato – FDUV/ES;  
José Bittencourt Filho – UNB/FD/DF;  
Joyceane Bezerra de Menezes – UNIFOR/FD/CE;  
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva – UFS/  
FD/SE;  
Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS/FD/MS;  
Maria Garcia – PUC/FD/SP;  
Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa – UFPB/  
FD/PB ;  
Sérgio de Andréa Ferreira – UERJ/FD/RJ;  
Susana Camargo Vieira – UNIVERSIDADE DE  
ITAÚNA/FD/MG;  
Valério Oliveira Mazzuoli – UFMT /FD/ MT;

### Conselheiros Estrangeiros

Alberto Levi – Universidade de Modena e Reggio  
Emília, FD/MILÃO/ITÁLIA  
Alejandro Miguel Garro – Universidade de Columbia/  
FD/NEW YORK/ USA  
Andrea Romano – Università di Roma “La Sapienza”/  
FD/ITÁLIA  
Angelo Schillaci – Università degli studi di Teramo/  
FD/ITÁLIA  
Arturo Martinez y Gonzalez – Universidade  
Autónoma/FD/MÉXICO  
Diogo Leite de Campos – Universidade de Coimbra/  
FD/PORTUGAL  
Francisco Fernández Segado – Universidad  
Complutense de Madrid/FD/ESPANHA  
Holger Knudsen – Max Plancker Instit fuer  
auslaendisches um internationales Privatrecht/  
HAMBURGO/ALEMANHA  
Hugo Mansueti – Fac. Católica de Buenos Aires /FD/  
ARGENTINA  
João Leal Amado – Universidade de Coimbra/FD/  
PORTUGAL  
Jorge Bacelar Gouveia – Universidade Nova de  
Lisboa/FD/PORTUGAL  
Jorge Miranda – Universidade de Lisboa/FD/  
PORTUGAL  
Nuno Piçarra – Universidade Nova Lisboa/FD/  
PORTUGAL  
Teodósio Palomino Ramirez – Universidade  
Tecnológica do Peru/FD/PERU  
Ursula Cristina Basset – Pontificia Universidad  
Católica Argentina /FD/ARGENTINA  
Victor Bázan – Universidade Católica de Cuyo/FD/  
San Juan/ARGENTINA

## Nominata de Conselheiros e Pareceristas *ad hoc* desta edição

### **Nominata de Pareceristas *ad hoc* desta edição**

Ana Virginia Moreira Gomes – UNIFOR/CE

Candy Florencio Thomé – FGV/SP

Carla Reita Faria Leal – UFMT/MT

Débora Gozzo – USJT/SP

Deilton Ribeiro Brasil – UIT/MG

Gisele Guimarães Cittadino – PUC/RJ

Gustavo Silveira Siqueira – UERJ/RJ

Janaína Reckziegel – UNOESC/SC

Leonardo da Rocha de Souza – FURB/SC

Narciso Leandro Xavier Baez – UNOESC/SC

Rafhael Lima Ribeiro – PUC/MG

Rogério Luiz Nery da Silva – UNOESC/SC

Ronaldo Lindimar José Marton – UCB/DF

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida – PUC/MG

Wilson Antônio Steinmetz – UCS/RS e UNOESC/  
SC



# SUMÁRIO

Editorial .....	11
-----------------	----

## DIREITOS HUMANOS EM SUA DIMENSÃO MATERIAL

A indústria extrativista e os Direitos Humanos: o paradoxo entre os direitos dos povos indígenas e tribais e o desenvolvimento nas américas .....	13
---	----

**Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli**

Três anos do estatuto da pessoa com deficiência: a posituação dos direitos dos deficientes sob a perspectiva da teoria crítica dos Direitos Humanos .....	35
---	----

**Gabriela Cristina Back**

**Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Reflexões sobre os limites ao poder constituinte derivado para o estabelecimento de normas procedimentais pertinentes às medidas provisórias em âmbito dos estados membros .....	51
--	----

**Alice Rocha da Silva**

**Sinvaldo Conceição Neves**

## POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

O suicídio na contemporaneidade: poderiam as políticas públicas reduzir as taxas de suicídio no Brasil? .....	69
---	----

**Janaína Machado Sturza**

**Rodrigo Tonel**

A influência do Big Data no controle social da gestão pública.....	83
--	----

**Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza**

**Ricardo Maurício Freire Soares**

## ENSAIOS

Justiça como equidade e política fiscal no Brasil.....	109
<b>Maurício Soares de Sousa Nogueira</b>	
<b>Jussara Maria Moreno Jacintho</b>	

## DOCTRINA NACIONAL

Controle de constitucionalidade de leis orçamentárias: eficiência e participação democrática .....	125
<b>Leila Maria Bijos</b>	
<b>Benjamin Tabak</b>	
<b>César Augusto Nardelli Costa</b>	

Responsabilidade social empresarial relacionada ao trabalho de deficientes físicos .....	141
<b>Alexandre Antonio Bruno da Silva</b>	
<b>Vanessa Guimarães Romão</b>	

Impacto jurídico e as transformações sociais frente ao cenário brasileiro e do neoconstitucionalismo.....	157
<b>Maria Gorete Ferreira</b>	

A proteção dos Direitos Fundamentais no Registro Civil das Pessoas naturais .....	175
<b>Eloy Pereira Lemos Junior</b>	
<b>Débora de Freitas Palhares</b>	

Normas para publicação .....	193
------------------------------	-----



# CONTENTS

Editorial .....	11
-----------------	----

## MATERIAL HUMAN RIGHTS IN THEIR DIMENSION

The extractive industry and Human Rights: the paradox between the rights of indigenous and tribal peoples and development in the americas .....	13
---	----

**Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli**

Three years of the statute of the disabled person: studying the rights of the disabled under the perspective of the critical theory of Human Rights.....	35
--	----

**Gabriela Cristina Back**

**Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Considerations on the boundaries to the power derived constituent to establish procedural regulations applicable to the provisional measures in the context of the member states .....	51
--	----

**Alice Rocha da Silva**

**Sinvaldo Conceição Neves**

## PUBLIC POLICIES ON FUNDAMENTAL RIGHTS

Suicide in contemporaneity: could public policies reduce the suicide rates in Brazil? .....	69
---	----

**Janaína Machado Sturza**

**Rodrigo Tonel**

The influence of Big Data in the social control of public management .....	83
--	----

**Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza**

**Ricardo Maurício Freire Soares**

## ESSAY

Justice as equity and tax policy in Brazil .....	109
<b>Maurício Soares de Sousa Nogueira</b>	
<b>Jussara Maria Moreno Jacintho</b>	

## NATIONAL AUTHORS

Constitutionality control of budget laws: efficiency and democratic participation.....	125
<b>Leila Maria Bijos</b>	
<b>Benjamin Tabak</b>	
<b>César Augusto Nardelli Costa</b>	
Corporate social responsibility related to the work of disabled people.....	141
<b>Alexandre Antonio Bruno da Silva</b>	
<b>Vanessa Guimarães Romão</b>	
Juridical impact and social transformations against the brazilian scenario and neoconstitutionalism .....	157
<b>Maria Gorete Ferreira</b>	
The protection of fundamental Rights in Natural Persons Civil Registry .....	175
<b>Eloy Pereira Lemos Junior</b>	
<b>Débora de Freitas Palhares</b>	
Instructions for publication .....	193

## EDITORIAL

A Revista do Programa de Mestrado do UNIFIEO tem passado por modificações e constantes atualizações, para que se ajuste aos propósitos científicos. Iniciada em 2000, com a denominação “Revista Mestrado em Direito do UNIFIEO”, foi editada em versão impressa até 2005. No volume 5, a versão impressa passou a ser disponibilizada também online.

Em 2007, no volume 7-1, sua denominação foi alterada para “Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais”, área de concentração Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu*, do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Para completa adequação à linha editorial proposta e avaliação de impacto, o nome do periódico foi alterado para “Direitos Humanos Fundamentais” a partir da edição 14-1. Em 2016, atualizamos o nosso Conselho Editorial e renovamos nossa base de pareceristas *ad hoc*.

A missão da revista é a de promover o conhecimento, bem como o de estimular valores e divulgar a pesquisa na área dos Direitos Humanos Fundamentais. O processo de produção do conhecimento nacional na área do Direito foi desafiado, nos anos recentes, a se adequar aos novos parâmetros estabelecidos pela CAPES. Alcançamos os critérios estabelecidos, o que é motivo de orgulho para a instituição, o Conselho Editorial e os pareceristas *ad hoc*.

A publicação é semestral, com pesquisas na área das Ciências Sociais Aplicadas no que refere aos Direitos Fundamentais, apresentando conexões entre os diversos campos do saber.

Boa leitura!

Gerson Amauri Calgaro

# DIREITOS HUMANOS EM SUA DIMENSÃO MATERIAL

## A INDÚSTRIA EXTRATIVISTA E OS DIREITOS HUMANOS:

O PARADOXO ENTRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS E O  
DESENVOLVIMENTO NAS AMÉRICAS.

## THE EXTRACTIVE INDUSTRY AND HUMAN RIGHTS:

THE PARADOX BETWEEN THE RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES AND  
DEVELOPMENT IN THE AMERICAS.

Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli  
guilherme@dplaw.com.br

Recebido: 6-4-2018

Aprovado: 28-5-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Indústria extrativista. 3 Os direitos dos povos indígenas e tribais. 3.1 O direito à terra. 3.2 O direito à consulta prévia e ao consentimento. 3.3 O direito a participação nos benefícios. 3.4 Direito ao acesso à justiça. 4 Desenvolvimento. 5 Considerações finais. 6 Referências

### RESUMO:

O presente artigo se propõe, a partir do método bibliográfico dedutivo, estudar a relação entre os direitos dos povos indígenas e tribais nas Américas com o desenvolvimento. Para tanto, trata inicialmente da evolução dos direitos humanos e sua importância como ferramenta de combate à impunidade frente aos danos cometidos pelas empresas transacionais extrativistas. Em seguida, discorre sobre os direitos dessas comunidades presentes no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, correlacionando-os com o conceito mais atual de desenvolvimento, cunhado a partir da década de noventa, o qual se desprende da sua concepção originária, estritamente econômica, e ganha uma nova roupagem mais humana e social, a fim de verificar, ao final, se são institutos compatíveis entre si.

### ABSTRACT:

This article proposes, based on the deductive bibliographic method, to study the relationship between the rights of indigenous and tribal peoples in the Americas with development. First of all, it deals initially with the evolution of human rights and its importance as a mechanism to combat impunity in the face of the damages committed by the extractive companies. Secondly, It discusses the rights of these communities present in the international system for the protection of human rights, correlating them with the most current concept of development, created in the nineties, which derives from its original conception, strictly economic, and gains a new, more human and social clothing, in order to verify, in the end, if they are institutes compatible with each other.

**Palavras-chave:**

Direitos humanos; indústria extrativista; desenvolvimento; empresas transacionais.

**Keywords:**

Human rights; extractive industry; development; transnational corporations.

## 1. INTRODUÇÃO

Os sentimentos de indignação, repúdio e impotência às crueldades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial foram responsáveis pelo surgimento de movimentos globais pautados na ética, nos direitos naturais, solidariedade e, principalmente, na promoção da pessoa humana.

A principal resposta da sociedade frente ao legado da guerra se deu com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em junho de 1945, o que resultou, anos depois, na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o objetivo principal de impedir que os Estados figurassem mais uma vez como atores de novas atrocidades. Desde então, os direitos humanos se tornaram o principal porta-voz do direito internacional (PIOVESAN, 2006).

Ocorre que após a segunda grande guerra, em razão da convergência de inúmeros fatores, dentre os quais se destacam, desenvolvimento da ciência e da tecnologia, opulência econômica e aumento da demanda e do consumo, houve uma significativa expansão industrial, acarretando o surgimento de grandes empresas multinacionais.

Com o tempo, essas empresas multinacionais clássicas, pautadas no sistema Fordista, cuja característica principal consistia na existência de inúmeras unidades espalhadas por várias localidades e uma matriz central detentora da tecnologia e das diretrizes administrativas, para onde se direcionavam todas as receitas de sua operação, foram substituídas pelas empresas transacionais, inspiradas, agora, pelo Toyotismo, com um sistema de produção não mais centralizado, mas sim pulverizado e fragmentado, causando, por conseguinte, a desterritorialização do sistema produtivo (MAXIMIANO, 2011; MARQUES, 2002).

Essas novas corporações quebraram o paradigma da vinculação entre estrutura produtiva e nexos territorial. Ademais, foram gradativamente ganhando em tamanho, poder econômico, político, cultural e social, até chegar ao ponto de ditarem as regras do jogo, se tornando maiores e mais poderosas que os Estados.

Para Renato Nalini (2011, p. 297), “sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada vencedora no século XX é a empresa. Enquanto o Estado se encontra às voltas com a perda da soberania, conceito cada vez mais relativizado, a empresa integra um sistema competente”.

Com isso, a atenção originalmente reservada aos Estados como fonte violadora dos direitos humanos é transferida para as empresas transacionais que aparecem, nesse momento, como os novos atores dessa relação.

Isso porque, desenvolver às custas dos direitos humanos teve o seu preço, preço esse sentido em grande parte pelos povos indígenas e tribais das américas em razão das atividades extrativistas desenvolvidas por essas grandes empresas em suas terras ancestrais, marginalizando, ainda mais, essas comunidades, que aparecem como o alvo mais fraco da tríade globalização, capitalismo e empresas transacionais.

Soma-se a tudo isso, ainda, a dificuldade, em um primeiro momento, de conscientizar as empresas acerca da importância do respeito aos direitos humanos e, em um segundo, na impotência do primeiro, de responsabilizá-las pelos danos causados, uma vez que, na maioria das vezes, os Estados receptores detêm interesses econômicos na vinda dessas empresas e possuem, conjuntamente, instituições fracas ou corruptas. Enquanto, de outro lado, os Estados de origem esbarram na regulamentação extraterritorial. E para piorar ainda mais a situação, o modelo de produção fragmentado impede, quase sempre, a satisfatividade no cumprimento de uma eventual condenação.

Como bem explica Ana Rachel e Danielle Pamplona (2016, p. 150), “a proteção internacional acaba limitada à vontade dos Estados de agir nos limites de seus territórios, deixando muitos indivíduos sem alternativas na ausência de comprometimento estatal” e uma dessas saídas reside, justamente, na necessidade de transpor o caráter não obrigatório dos direitos humanos.

Ademais, como se sabe, o direito internacional público não considera as empresas como sujeito de direito passíveis de responsabilização jurídica. Em razão disso, em que pese o sistema internacional de proteção dos direitos humanos não se mostrar a forma mais efetiva e eficaz para tramitação dessas denúncias, são, muitas das vezes, a única opção.

A par dessa situação, os direitos humanos avançam. Com relação ao tema abarcado pelo trabalho, qual seja, os direitos dos povos indígenas e tribais frente as atividades extrativistas, se pode citar três importantes pilares: a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, os Princípios Ruggie de 2008 e o Relatório “Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Recursos Naturais: Proteção dos Direitos Humanos no Contexto de Atividades de Extração, Exploração e Desenvolvimento” apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 2016, cujos impactos serão debatida mais adiante.

Entretanto, muito se questiona acerca do direito dos Estados de se desenvolverem. Nesse ponto, os Estados subdesenvolvidos na maioria das vezes se deparam com decisões de Sofia, porquanto, se de um lado pendem os direitos dos seus povos, de outro, existe a necessidade de crescerem e desenvolverem economicamente. A própria Carta das Nações Unidas de 1945 se dedicou ao tema, ao afirmar em seu artigo 55<sup>1</sup> que as Nações Unidas favorecerão os níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social.

Ainda, de acordo com o relatório da CIDH<sup>2</sup> acima citado, os Estados das Américas também têm o direito ao desenvolvimento, o que implica “que cada Estado tem a liberdade de explorar seus recursos naturais, inclusive através da concessão de concessões e aceitação do investimento internacional”.

Desta forma, o presente artigo se propõe a estudar respectivo paradoxo, no qual figura de um lado o direito ao desenvolvimento capitaneado pelas indústrias transacionais extrativistas e, de outro, o direito das sociedades indígenas e tribais, objetivando, ao final, concluir se de fato são institutos compatíveis entre si.

---

1 Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

2 7 IACHR, Report on the Situation of Human Rights in Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, April 24, 1997.

## 2. INDÚSTRIA EXTRATIVISTA

Em suma, a atividade extrativista consiste na extração dos recursos naturais em sua forma original, renováveis ou não renováveis, com baixo ou nenhum processamento, com ou sem fins lucrativos. Se subdivide em três classes de acordo com a atividade explorada: mineral, vegetal ou animal.

Fato é que o extrativismo sempre esteve presente em todas as sociedades humanas, sendo imprescindível para a sobrevivência do homem. Ocorre que em algum momento dessa história, respectiva atividade adquiriu grandes proporções e começou, em decorrência disso, a trazer efeitos negativos ao ecossistema, tais quais, redução da biodiversidade, poluição, extinção de espécies etc.

E foi justamente nesse momento, quando ocorreu um desmembramento do extrativismo de pequena escala e de subsistência para o de ampla escala capitaneado pelas grandes empresas, que o termo *Indústria Extrativista* foi cunhado.

Segundo Eduardo Gudynas (2013, p. 2):

También son comunes las referencias a las llamadas “industrias extractivas”. Bajo esa perspectiva, el extractivismo minero o petrolero sería una “industria” más, tal como la manufactura de automóviles. El término no se aplica, por ejemplo, a la minería de pequeña escala o artesanal, sino a los grandes emprendimientos. Es un término empleado por los economistas por lo menos desde la década de 1950, pero se volvió muy popular en los países del sur al ser utilizado por agencias de desarrollo como el Banco Mundial. A su vez, empresarios y gobiernos la adoptaron por variados motivos, entre ellos el poder defender al extractivismo como una “industria”. Finalmente, hay organizaciones ciudadanas que también se refieren a las industrias o sectores extractivos cuando tratan sobre explotaciones mineras o petroleras<sup>3</sup>.

A terminologia não se deu por acaso. Em verdade, o termo indústria passou a ser utilizando conjuntamente com o extrativismo no intuito de remeter a algo positivo, ao pleno emprego, ao crescimento e ao desenvolvimento econômico, tudo isso para acobertar as consequências sociais e ambientais negativas decorrentes dessa atividade.

Ocorre que existem situações nas quais os danos vão além. Por essa razão que Gudynas (2013) rebatizou o termo para *extrahección*:

‘Extrahección’ (super-extração) é um termo novo para descrever a apropriação dos recursos naturais desde a imposição de poder e violação dos direitos humanos e da natureza. A palavra é nova, mas o conceito é bem conhecido. Descreve situações que pouco a pouco estão se tornando mais comuns, assim como os empreendimentos de mineração ou

---

3 Também são comuns as referências às chamadas “indústrias extrativas” também são comuns. Sob essa perspectiva, o extrativismo mineiro ou petrolífero seria outra “indústria”, como a fabricação de automóveis. O termo não se aplica, por exemplo, à mineração artesanal ou em pequena escala, mas a grandes empresas. É um termo usado pelos economistas pelo menos desde a década de 1950, mas tornou-se muito popular nos países do sul quando usado por agências de desenvolvimento como o Banco Mundial. Por sua vez, empresários e governos o adotaram por várias razões, inclusive para defender o extrativismo como “indústria”. Finalmente, há organizações cidadãs que também se referem a indústrias ou setores extrativos quando lidam com mineração ou exploração de petróleo. (tradução livre)

petroleiros impostos em um contexto de violência, ignorando as vozes dos cidadãos, deslocando comunidades camponesas ou indígenas, ou contaminando o meio ambiente.<sup>4</sup>

Enquanto o extrativismo se caracteriza por um tipo particular de extração de recursos naturais, em grande volume ou alta intensidade, dos quais 50% ou mais, destina-se a exportação, como matérias-primas não processadas ou com processamento mínimo, a *extrahección* seria o caso mais agudo de apropriação de recursos naturais, no qual estes são extraídos por meio da violência e os direitos humanos e naturais são violados. Não é uma consequência de um tipo de extração, mas é uma condição necessária para realizar a apropriação de recursos naturais (GUDYNAS, 2013).

Pela perspectiva da *extrahección*, se identifica inúmeras formas de violação dos direitos humanos, desde destruição do ecossistema silvestre (contaminação da água, solo, art etc.), a violação da informação, deslocamento de comunidades, violação ao direito dos trabalhadores e não raras vezes findam em repressões violentas ou até mesmo assassinatos dos seus opositoristas.

Nas palavras de Gudynas (2013):

Na realidade, as violações de direitos têm se tornado um componente inseparável e inevitável de certo tipo de extração dos recursos naturais. Isto ocorre quando estas atividades comprometem enormes superfícies, realizam procedimentos intensivos (por exemplo, utilizando agrotóxicos) ou os riscos em jogo são de enorme gravidade e, portanto, nunca seriam aceitáveis sob os marcos legais para as comunidades locais. Então, a única forma com que podem ser executadas é por meio da imposição e da violação aos direitos fundamentais. A violação destes direitos não é uma consequência, senão uma condição para fazer valer este tipo de apropriação dos recursos naturais. Trata-se de facetas de um mesmo tipo de desenvolvimento, intimamente vinculadas entre si. É esta a dinâmica particular que explica o conceito de 'extrahección'. Não basta dizer, por exemplo, que uma das consequências do extrativismo mais intensivo é a violação de alguns direitos. Deve-se deixar claro que existe uma íntima relação entre estes fatores, onde estas estratégias de apropriação de recursos naturais somente são possíveis quebrando-se os direitos das pessoas e da natureza.

Logo, quando a extração passa a afetar, direta ou indiretamente, os direitos humanos, o termo mais correto a ser utilizado seria *extrahección*. Para o autor uruguaio (GUDYNAS, 2013, p. 14), "con el concepto de extrahección se busca dejar en claro, desde la mirada de la ecología política, que existen vínculos directos y de necesidad, entre un certo tipo de apropiación de recursos naturales y la violación de los derechos"<sup>5</sup>.

---

4 'Extrahección' é uma palavra que provem do latim 'extrahere', que significa tomar algo, arrancando-o ou arrastando-o. É, portanto, um termo adequado para descrever situações onde se arrancam os recursos naturais, seja das comunidades locais ou da natureza. Nestas circunstâncias, violam-se diversos direitos, e este precisamente é o aspecto que se põe em evidência com este novo termo. Os direitos violados cobrem uma vasta gama, entre os quais se podem indicar alguns para tomar consciência da gravidade destas situações.

5 Com o conceito de extração, procura-se deixar claro, do ponto de vista da ecologia política, que existem ligações diretas e necessárias entre um certo tipo de apropriação de recursos naturais e violação de direitos.



E para piorar ainda mais a situação da *extrahección*, existe a dificuldade de responsabilizar, na prática, as empresas extrativistas transacionais violadoras dos direitos humanos. O fato de possuírem a produção disseminada em vários países, aliado as características inerentes de todos os países em desenvolvimento, quais sejam, mão de obra barata, corrupção, legislação flexível e instituições fracas, corroboram para agravar a impunidade.

Com efeito, em virtude dos reiterados reflexos negativos gerados pela indústria extrativista, em especial para comunidades indígenas e tribais dos países subdesenvolvidos das Américas, e ciente de que o extrativismo é essencial ao desenvolvimento e a manutenção da vida humana na terra, a busca por uma nova forma de realizar essa atividade é salutar.

Em outras palavras, não há mais espaço para o extrativismo clássico que operou de forme predominante nas últimas décadas, usualmente vinculado a atividades de mineração ou petroleira concentradas nas mãos de grandes transacionais, com exorbitante taxa de lucro, pouco ganho social e alta degradação ambiental e que, como citado, muitas das vezes acaba por desrespeitar os direitos humanos.

O momento atual exige mais da nossa sociedade como um todo. O que se defende, então, é a implementação do *neo* extrativismo que, contrariamente ao primeiro, possui uma maior interferência do Estado, seja controlando, fiscalizando, participando ou tributando de forma mais intensa a atividade.

Esse novo modelo de cunho democrático e participativo, atuaria pelo viés do Estado Social em detrimento do primeiro modelo liberal, e se pautaria pela premissa de que o mero ganho econômico, ou seja, o mero crescimento, sem a participação ou consentimento das comunidades afetadas, bem como sem políticas públicas adequadas de gerenciamento das receitas, advindas de verbas indenizatórias ou por meio da tributação, não se mostra suficiente para gerar desenvolvimento humano (SEN, 2007; GUDYNAS, 2013).

### 3. OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>6</sup> sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, pode ser considerado o primeiro instrumento internacional a tratar dos direitos dessas comunidades. Respectivo pacto representou um verdadeiro divisor de águas ao pregar não mais o reconhecimento dos povos indígenas e tribais sob o ponto de vista assimilacionista, mas sim respeitando suas autonomias e autoidentidades culturais.

Nas palavras de Letícia Virginia Leidens (2016, p. 285-302) a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho “introduz ao cenário jurídico uma nova perspectiva no trato desses direitos, caracterizada pelo direito à diversidade, pelo reconhecimento à identidade, o direito à terra e à autodeterminação”.

---

6 BRASIL. Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004, promulga a Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, entrando em vigor em 25 de julho de 2003, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 20 nov. 2017.

E dentre os “novos” direitos defendidos pela convenção, destacam-se o da consulta e do consentimento, prévio, livre e informado quando alguma medida, administrativa ou legislativa, for adotada em suas terras, o direito de definirem suas próprias prioridades de desenvolvimento e o direito de serem indenizados de forma equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado das atividades extrativistas.<sup>7</sup>

Por outro lado, a gênese da proteção dos direitos humanos decorrente das atividades desempenhadas pelas empresas transacionais, em sua grande maioria extrativistas, se dá pela criação dos Princípios Ruggie.

Fruto do trabalho desenvolvido por John Ruggie, apresentado em 2008 com “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”, os princípios se pautam em três pilares: a obrigação dos Estados de prover aos direitos humanos contra atos de terceiros, a necessidade de as empresas respeitarem os direitos humanos e, por fim, a efetividade na reparação dos danos.

Para Pamplona e Ana Rachel (2016, p. 150):

Garantir que grandes empresas, que atuam em diferentes países, respeitem os Direitos Humanos tem sido um desafio. Muitos países, que recebem os investimentos, não têm incentivos para endurecer as condições quando barganham com essas empresas. Os Estados de origem também encontram limites na regulação extraterritorial, além de interesses contrapostos de promover suas empresas. A proteção internacional acaba limitada à vontade dos Estados de agir nos limites de seus territórios, deixando muitos indivíduos sem alternativas na ausência de comprometimento estatal. Os Princípios Ruggie nascem nesse contexto, numa tentativa de buscar alternativas para promover os Direitos Humanos na atividade empresarial.

Especificamente quanto à indústria extrativista e a violação dos direitos humanos das comunidades indígenas e tribais das Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou no ano de 2016 o relatório “Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Recursos Naturais: Proteção dos Direitos Humanos no Contexto de Atividades de Extração, Exploração e Desenvolvimento”<sup>8</sup>.

---

7 Artigo 6 – 2 As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. Art. 16 - 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. Art. 15 - 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

8 IACHR, Povos Indígenas, Comunidades Afro-Descendentes e Recursos Naturais: Proteção dos Direitos Humanos no Contexto de Atividades de Extração, Exploração e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Dentre outras coisas o relatório abordou a posição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>9</sup>, que engloba a Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente a obrigação dos Estados, tanto os de origem das corporações como os de acolhimento em que os projetos extrativistas estão localizados, para adequar suas leis domésticas e políticas públicas ao objetivo de prevenir, atenuar e reparar as violações dos direitos humanos.

Além disso, outra questão bastante cara para a CIDH se refere ao acesso à justiça. A Comissão reafirma que os Estados devem garantir o acesso aos mecanismos de justiça e de reparação, tendo em conta as normas interamericanas bem estabelecidas sobre o assunto, o que significa tomar medidas positivas para reduzir os obstáculos existentes e permitir que esses mecanismos sejam efetivos. Isso porque, uma vez que tais violações são praticamente inerentes à exploração e exploração de recursos naturais, a CIDH procurado ampliar o alcance dos instrumentos de direitos humanos quando as violações são cometidas por atores privados favorecidos por um quadro regulatório que não possui o devido proteções, bem como o direito de compensação e participação dessas comunidades nos resultados das atividades extrativistas.

O relatório tratou, ainda, de forma exemplificativa, emblemáticas violações dos direitos humanos cometidas por indústrias extrativistas nos últimos anos relativas à problemas com a água, empobrecimento do solo, mudanças das formas de produção, saúde, criminalização dos líderes opositoristas aos projetos extrativistas e, até mesmo, assassinato envolvendo esses líderes.

Por fim, destaca-se a importância concedida pela CIDH ao direito de consentimento<sup>10</sup> dos povos indígenas e das comunidades afrodescendentes acerca das atividades extrativistas desenvolvidas em seu território e o seu antagonismo com o direito ao desenvolvimento.

A par de tudo isso, analisar-se-á, agora, de forma mais especificada, os pontos mais relevantes do relatório apresentado pela CIDH.

### 3.1. O direito à terra

O ponto de partida do relatório apresentado pela CIDH se pauta na premissa de que o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de viver em seu território ancestral e, portanto, não só realizar suas atividades tradicionais de subsistência, mas também preservar sua identidade cultural:

Os povos indígenas e tribais têm modos de vida únicos, e sua visão de mundo é baseada em sua estreita relação com a terra. As terras que tradicionalmente usam e ocupam

---

9 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (IAHRS) compreende uma série de mecanismos e estruturas destinados a proteger e promover os direitos de indivíduos e grupos nas Américas. Os principais componentes são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambas as instituições se enquadram na estrutura organizacional mais ampla da Organização dos Estados Americanos (OEA); um órgão regional com 35 estados membros de toda a região. Vale lembrar o avanço mais importante nas Nações Unidas a este respeito é os Princípios Orientadores sobre Negócios e Direitos Humanos, elaborados por John Ruggie e aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011. No entanto, é um instrumento não vinculativo, e, portanto, um grupo de trabalho intergovernamental foi criado em 2014 para elaborar um instrumento internacional vinculativo sobre o assunto.

10 Como veremos adiante, no caso de *Saramaka c. Suriname*, a Corte Interamericana considerou que o consentimento é necessário para planos ou projetos de "grande escala".

são críticas para sua vitalidade física, cultural e espiritual. Essa relação única com o território tradicional pode ser expressa de maneiras diferentes, dependendo das pessoas indígenas específicas envolvidas e suas circunstâncias específicas; pode incluir uso ou presença tradicional, manutenção de locais sagrados ou cerimoniais, assentamentos ou cultivo esporádico, colheita sazonal ou nômada, caça e pesca, o uso habitual de recursos naturais ou outros elementos que caracterizam a cultura indígena ou tribal. [...]

O direito à propriedade de acordo com o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem, portanto, uma importância singular para os povos indígenas e tribais, porque a garantia do direito à propriedade territorial é uma base fundamental para o desenvolvimento da cultura das comunidades indígenas, da vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. É um direito ao território que abrange o uso e o gozo de seus recursos naturais. É diretamente relacionado, mesmo um pré-requisito, ao gozo dos direitos a uma existência em condições de dignidade, alimentação, água, saúde, vida, honra, dignidade, liberdade de consciência e religião, liberdade de associação, direitos da família e da liberdade de circulação e residência. Em toda a América, povos indígenas e tribais insistem em que o Estado “efetivamente garante seu direito de viver em seu território ancestral e, portanto, não só realizar suas atividades tradicionais de subsistência, mas também preservar sua identidade cultural”<sup>11</sup>.

Como acima citado, a importância do artigo 21 da Convenção Americana<sup>12</sup> é salutar. Ademais, vale ressaltar, ainda, que como acontece com as outras salvaguardas aplicáveis à proteção do direito à propriedade comunitária indígena, em relação à extração ilegal de recursos naturais em seus territórios, não é necessário que os povos indígenas tenham um título formal de propriedade para poder ter acesso aos tribunais para reivindicar a proteção de seus direitos, incluindo a reparação por danos sofridos.

Como consequência, os povos têm direito à suspensão imediata da execução dos planos ou projetos de desenvolvimento ou investimento ou de projetos de exploração e exploração de recursos naturais que ameaçam os seus direitos.

Consoante as recomendações apontadas pelo relatório, os Estados devem suspender imediatamente a execução dos projetos que tenham impacto sobre a vida ou a integridade pessoal e devem garantir a imposição das sanções administrativas ou penais pertinentes e permitir a determinação e materialização de indenizações por danos ao meio ambiente e atividades de subsistência básicas que estão sendo causadas.

---

11 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. INDIGENOUS AND TRIBAL PEOPLES' RIGHTS OVER THEIR ANCESTRAL LANDS AND NATURAL RESOURCES Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009 Original: Spanish Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2017.

12 Artigo 21. “Direito à Propriedade. 1. Todos têm direito ao uso e ao gozo de sua propriedade. A lei pode subordinar tal uso e prazer ao interesse da sociedade. // 2. Ninguém deve ser privado de seus bens, exceto mediante pagamento de justa compensação, por razões de utilidade pública ou interesse social, e nos casos e de acordo com os formulários estabelecidos por lei. // 3. A usura e qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem serão proibidas por lei.”

Na mesma direção, se extrai que os Estados têm a obrigação de controlar e prevenir atividades extrativistas, como a mineração ilegal, a exploração madeireira ou a pesca em territórios ancestrais indígenas ou tribais, e de investigar e sancionar os responsáveis por eles, porquanto tais atividades constituem ameaças e usurpações da propriedade efetiva e posse de territórios indígenas, bem como afetam diretamente os rios, solos e outros recursos que constituem as principais fontes de seus meios de subsistência.

Esse ponto é bastante caro as comunidades indígenas e tribais justamente em razão da relação que possuem com a terra, porquanto transcende, pura e simplesmente, o direito à propriedade, eis que contempla o envolvimento de aspectos culturais, espirituais e sociais dos povos, muitas vezes despercebidos pelos operadores do direito (ZUBIZARRETA, 2009).

### 3.2. O direito à consulta prévia e ao consentimento

Consoante o relatório todos os projetos de desenvolvimento, quais sejam, construção de estradas, canais, barragens, portos ou similares, bem como concessões para a exploração ou exploração de recursos naturais em territórios ancestrais têm grande potencial de afetar populações indígenas com consequências particularmente graves, uma vez que colocam em perigo suas territórios e os ecossistemas internos, razão pela qual essas atividades devem ser acompanhadas por medidas apropriadas e efetivas para garantir que não procedam à custa dos direitos fundamentais das pessoas que podem ser afetadas de forma particular e negativa, incluindo as comunidades indígenas e o meio ambiente de que dependem por seus aspectos físicos, culturais e espirituais bem-estar.

Com efeito, para fins de concessões de atividades extrativistas ou de desenvolvimento ou planos de investimento ou projetos sobre recursos naturais em territórios indígenas ou tribais, a Corte Interamericana identificou três condições obrigatórias que se aplicam quando os Estados estão considerando a aprovação de tais planos ou projetos: (a) conformidade com o direito internacional de expropriação, conforme refletido no artigo 21<sup>13</sup> da Convenção Americana sobre o Homem, o qual trata do direito de propriedade; (b) não aprovação de qualquer projeto que ameacem a sobrevivência física ou cultural do grupo; e (c) aprovação somente após consultas de boa fé e, quando aplicável, consentimento, uma avaliação prévia de impacto ambiental e social realizada com participação indígena e compartilhamento razoável de benefícios. Esses requisitos “são consistentes com as observações do Comitê de Direitos Humanos, o texto de vários instrumentos internacionais e a prática em vários Estados Partes da Convenção”. Eles são igualmente consistentes com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>14</sup>.

---

13 Artigo 21. "Direito à Propriedade. 1. Todos têm direito ao uso e ao gozo de sua propriedade. A lei pode subordinar tal uso e prazer ao interesse da sociedade. // 2. Ninguém deve ser privado de seus bens, exceto mediante pagamento de justa compensação, por razões de utilidade pública ou interesse social, e nos casos e de acordo com os formulários estabelecidos por lei. // 3. A usura e qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem serão proibidas por lei."

14 IACHR - Inter-American Commission On Human Rights. Indigenous And Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands And Natural Resources Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009 Original: Spanish Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Quanto aos requisitos especiais em casos de concessões para exploração ou exploração de recursos naturais, ou planos ou projetos de desenvolvimento ou investimentos em terras indígenas, o exemplo do *Saramaka People v. Suriname* é salutar:

No caso do *Saramaka People v. Suriname*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu os critérios que devem ser aplicados de acordo com o Artigo 21 da Convenção Americana antes de conceder concessões para exploração e exploração de recursos naturais ou de implementação de desenvolvimento ou planos ou projetos de investimento em terras indígenas ou tribais (...).

Primeiro, deve ser determinado “se este recurso natural é um que tradicionalmente foi usado pelos membros do povo Saramaka de uma maneira inextricavelmente relacionada à sua sobrevivência” [par. 144]. Em relação à floresta, o Tribunal tomou em consideração: 1) O conhecimento do povo Saramaka sobre as florestas, ou seja, da localização e variedade das árvores que eles usam para diferentes fins. [par. 144]; 2) O uso do povo Saramaka de certos tipos de árvores para diferentes fins: construção de barcos e canoas para transporte; telhados para as casas; frutas para consumo; uso de árvores para outros fins de subsistência; 3) A forma como os membros do povo Saramaka respeitam e cuidam da floresta. O Tribunal estabeleceu que eles entram na floresta para obter a madeira que eles precisam para seus propósitos sem destruir o meio ambiente. [par. 144]; 4) O fato de os Saramaka também dependerem da extração de madeira como parte de sua estrutura econômica e para fins de subsistência. [par. 145] Com base nessas descobertas, o Tribunal de Justiça declarou: “Esta evidência mostra que os membros do povo Saramaka tradicionalmente colheram, usaram, comercializaram e comercializaram produtos florestais não madeireiros e madeireiros e continuam a fazê-lo até o presente dia. Assim, de acordo com a análise acima referida sobre a extração de recursos naturais que são necessários para a sobrevivência do povo Saramaka e, conseqüentemente, seus membros, o Estado não deveria ter concedido concessões madeireiras dentro do território Saramaka a menos que e até as três salvaguardas de efetivo a participação, a partilha de benefícios e as avaliações anteriores de impacto ambiental e social foram cumpridas “[par. 146]<sup>15</sup>.

Em que pese o caso acima citado não ter especificado os procedimentos e o alcance do consentimento, a Comissão forneceu orientações sobre esta questão. Respectivo mecanismo exige o fornecimento completo de informações precisas sobre a natureza e as consequências do projeto para as comunidades antes e durante a consulta. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana, a consulta deve ser realizada, no sentido de que os povos indígenas devem ser conscientes de possíveis riscos, incluindo riscos ambientais e de saúde, para que o plano de desenvolvimento ou investimento proposto seja aceito conscientemente e voluntariamente.

---

15 IACHR - Inter-American Commission On Human Rights. Indigenous And Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands And Natural Resources Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009 Original: Spanish Disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Para a Corte Interamericana, “ Este dever exige que o Estado aceite e divulgue informações “<sup>16</sup>e” implica uma comunicação constante entre as partes”<sup>17</sup>. A natureza informada das consultas está ligada à obrigação de realizar avaliações de impacto social e ambiental antes da execução do desenvolvimento ou planos de investimento ou concessões extrativas que possam afetar esses povos.

### 3.3. O direito a participação nos benefícios

A CIDH também ressaltou a obrigação do Estado de implementar, em o quadro de projetos para exploração de recursos naturais em territórios de povos indígenas ou tribais, mecanismos de participação para determinar os danos ambientais causados e seu impacto sobre as atividades básicas de subsistência desses povos.

Fato é que os povos indígenas e tribais têm direito à determinação e execução de indenizações pelos danos ambientais causados por projetos de exploração e exploração de recursos naturais ou planos de desenvolvimento ou investimento em seus territórios e por minar suas atividades básicas de subsistência, conforme previsto em Convenção N° 169 da OIT, os povos indígenas e tribais têm o direito de receber uma indenização por qualquer dano que possam sofrer como resultado de atividades de utilização de recursos naturais, na mesma medida que também têm o direito de participar na determinação dos danos ambientais causados por esses projetos, bem como na determinação dos impactos nas suas atividades básicas de subsistência.

Os povos indígenas e tribais ainda têm o direito de participar do processo de determinação da indenização pelos danos causados por projetos de exploração de recursos naturais em seus territórios, de acordo com suas próprias prioridades de desenvolvimento, e os Estados têm a obrigação internacional de garantir sua participação nesse processo de determinação de a indenização.

A este respeito, os Estados devem garantir que os procedimentos de consulta prévios “estabelecerão os benefícios que os povos indígenas afetados devem receber e a compensação de quaisquer danos ambientais, de forma consistente com suas próprias prioridades de desenvolvimento”<sup>18</sup> e uma das formas de compensação, embora não seja a única, reside na participação dos benefícios da exploração.

Em seu Relatório de 2009 sobre a situação dos direitos humanos a CIDH recomendou a Venezuela que:

- (a) promova a “participação de povos e comunidades indígenas afetados por projetos de exploração e exploração de recursos naturais por meio de consulta prévia e informada destinada a obter seu consentimento voluntário para o projeto, implementação e avaliação de tais projetos, bem como a determinação de benefícios e indenização por danos de acordo com suas próprias prioridades de desenvolvimento “[par. 1137, Recomendação 5]; (b) implementar, no âmbito de projetos de prospecção e explora-

16 I/A Court H.R., Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2007. Series C No. 172, par. 133.

17 I/A Court H.R., Case of the Saramaka People v. Suriname. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2007. Series C No. 172, par. 133.

18 IACHR, Access to Justice and Social Inclusion: The Road towards Strengthening Democracy in Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, June 28, 2007, par. 248.



ção de recursos naturais, “mecanismos participativos para avaliar a extensão do dano ambiental causado e o impacto nas atividades básicas de subsistência entre os povos indígenas (...) onde esses projetos se desenrolam. Isso visa assegurar a suspensão imediata do projeto quando as vidas e / ou a segurança pessoal de tais indivíduos estão em risco, e para nivelar sanções administrativas e criminais, conforme apropriado “[par. 1137, Recomendação 6]; (c) no caso de os projetos prosseguirem, “garantir que os afetados irão compartilhar os benefícios obtidos” [par. 1137, Recomendação 6]; (d) avaliar e impor compensações pelos danos ambientais e os impactos nas atividades básicas de subsistência dos povos indígenas afetados [par. 1137, Recomendação 6]; e (e) “garantir o acesso a um recurso judicial adequado e efetivo para combater os danos ambientais coletivamente, de modo que, além de ações criminais, mecanismos de natureza jurídica estejam disponíveis para que a atenção imediata seja focada em circunstâncias que possam causar danos irreparáveis aos grupos de indivíduos.” [par. 137, Recomendação 7]<sup>19</sup>

Ocorre que em vários países da América, as disposições constitucionais ou legislativas atribuem a propriedade dos direitos subterrâneos de minerais e águas ao Estado. O sistema interamericano de direitos humanos não exclui esse tipo de medida, sendo legítimo, em princípio, que os Estados reservem formalmente os recursos do subsolo e da água. Isso não implica, no entanto, que os povos indígenas ou tribais não tenham direitos que devem ser respeitados em relação ao processo de exploração mineral e extração, nem implica que as autoridades do Estado tenham liberdade para dispor desses recursos a seu critério.

Pelo contrário, a jurisprudência interamericana identificou os direitos dos povos indígenas e tribais de que os Estados devem respeitar e proteger quando planejam extrair recursos do subsolo ou explorar os recursos hídricos; tais direitos incluem o direito a um ambiente seguro e saudável, o direito à consulta prévia e, em alguns casos, o consentimento informado, o direito à participação nos benefícios do projeto e o direito de acesso à justiça e à reparação.

A determinação dos beneficiários deve ser feita em consulta com as pessoas correspondentes e não unilateralmente pelo Estado. Caso ocorra um conflito interno entre os membros das pessoas indígenas ou tribais correspondentes sobre quem pode se beneficiar dos projetos de desenvolvimento ou de investimento, deve ser resolvido pelas próprias pessoas de acordo com suas próprias normas e costumes tradicionais, e não pelo Estado. Em geral, como afirmou o Tribunal no caso Saramaka já citado “todas as questões relacionadas ao processo de consulta com o povo Saramaka, bem como as relativas aos beneficiários da “compensação justa” que deve ser compartilhada, devem ser determinadas e resolvidas pelo povo Saramaka de acordo com seus costumes e normas tradicionais, e conforme ordenado pelo Tribunal em seu julgamento.

Além disso, de acordo com a CIDH, a participação nos benefícios de um projeto não deve ser confundida com a prestação de serviços sociais básicos que o Estado deve fornecer em qualquer caso em virtude de suas obrigações no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

19 IACHR - Inter-American Commission On Human Rights. Indigenous And Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands And Natural Resources Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009 Original: Spanish Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.



A Corte Interamericana recomendou, nesse ponto, que “ não só que o consentimento prévio das comunidades seja solicitado quando grandes atividades de exploração são planejadas em territórios indígenas, mas também “assegurar que a partilha equitativa dos benefícios a serem derivados dessa exploração seja assegurada”<sup>20</sup>.

### 3.4. Direito ao acesso à justiça

Do mesmo modo, um componente necessário para proteger os direitos à vida e à integridade física das pessoas é a adoção de medidas destinadas a aumentar a capacidade de salvaguardar e reivindicar seus direitos, que incluem acesso à informação, participação nos processos de decisão pertinentes e acesso à justiça através de recursos judiciais:

Fato é que seguindo a linha de raciocínio do relatório ora em comento, os Estados têm a obrigação de evitar danos ao meio ambiente em territórios indígenas ou tribais que afetariam o gozo de seus direitos humanos, bem como, após evidenciado a ocorrência do dano, facilitar o acesso à justiça dos povos afetados.

Tal fato exige a adoção e implementação das medidas necessárias para proteger o habitat das comunidades indígenas da deterioração ecológica como consequência de atividades extrativistas, pecuárias, agrícolas, madeireiras e outras atividades econômicas, uma vez que tal deterioração reduz suas capacidades e estratégias tradicionais em termos de alimentos, água e atividades econômicas, espirituais ou culturais.

Ao adotar essas medidas, portanto, os Estados devem garantir que grandes projetos de desenvolvimento nas terras ou áreas indígenas da população indígena, realizada após cumprir os requisitos da lei, “não causam danos irreparáveis à identidade religiosa, econômica ou cultural e aos direitos das comunidades indígenas”<sup>21</sup>. Isso também, por consequência, se aplica a projetos de exploração de recursos naturais

Quanto à exploração dos recursos naturais e as atividades extrativistas, o relatório pontuou que ao avaliar os projetos ou projetos de desenvolvimento propostos ou a concessão de concessões extrativistas, em especial as atividades que possam afetar a integridade das terras e recursos naturais no território das pessoas, particularmente qualquer proposta de concessão de concessão de exploração madeireira ou mineração, os Estados devem levar em consideração, como principal consideração, as comunidades indígenas que habitam os respectivos territórios e seus modos tradicionais de posse da terra.

Esse dever dos Estados, tanto de proteção como de reparação e que por isso denominado de dever genérico de proteger os direitos de propriedade indígena, exige, sobretudo, a proteção judicial efetiva desses direitos.

Como regra geral, os povos indígenas e tribais têm direito de acesso à justiça sempre que existam ameaças ou violações de seus direitos territoriais, em qualquer das suas manifestações ou componentes. A jurisprudência interamericana identificou uma série de questões específicas em relação a que os Estados devem garantir o direito de acesso dos povos indígenas e tribais à justiça, incluindo reclamações territoriais, processos de recuperação de

20 UNCERD, Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding Observations on Ecuador, (...) par. 16.

21 IACHR, Third Report on the Human Rights Situation in Colombia. Doc. OEA/Ser.LV/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999, Chapter IX, pars. 29-31 and Recommendation.

terras, e solicitações de injunções judiciais preventivas relacionadas aos direitos territoriais das comunidades indígenas.

Portanto, os povos indígenas e tribais têm direito a uma proteção judicial efetiva de seus direitos territoriais, um direito abrangido pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana e as disposições da Declaração Americana. Nesse sentido, o direito dos povos indígenas e tribais à propriedade comunal deve ser judicialmente garantido da mesma forma que o recurso judicial é concedido para a garantia do direito à propriedade privada não indígena. Na opinião da CIDH, “para os povos indígenas, o acesso a um remédio jurídico simples, rápido e efetivo é especialmente importante em relação ao gozo de seus direitos humanos, atendendo às condições de vulnerabilidade em que se encontram normalmente por razões históricas e devido para suas circunstâncias sociais atuais”<sup>22</sup>.

Para a CIDH, “a obrigação de um Estado de providenciar recursos judiciais efetivos não é cumprida simplesmente pela existência de tribunais ou procedimentos formais, ou mesmo pela capacidade de recorrer aos tribunais. Em vez disso, um estado deve tomar medidas afirmativas para assegurar que os remédios fornecidos pelo estado por meio dos tribunais sejam “verdadeiramente efetivos para determinar se houve violação dos direitos humanos e para a reparação”<sup>23</sup>. Estados estão obrigados a “adotar a medidas adequadas de direito interno necessárias para garantir um procedimento efetivo que forneça uma solução final à reivindicação apresentada pelos membros da [comunidade respectiva]”<sup>24</sup>, e a falta de tal implica uma violação dos artigos 8, 25, 1.1 e 2 da Convenção

Nesse ponto, os tribunais domésticos desempenham um papel especialmente importante no momento de garantir o cumprimento efetivo das obrigações do Estado em relação à proteção da propriedade comunal no contexto do desenvolvimento ou planos de investimento. A revisão judicial não deve limitar-se apenas a uma verificação do cumprimento das medidas de proteção estabelecidas na legislação aplicável para a propriedade comunitária indígena - também deve verificar se essa conformidade está de acordo, na forma e substância, com as normas interamericanas.

As ações oficiais que devem ser sujeitas a revisão judicial neste contexto devem incluir, pelo menos, (a) decisões relacionadas à aprovação do plano ou projeto, ou aquelas relacionadas à consulta prévia, incluindo a acomodação dos resultados da consulta e, Se fosse o caso, a aplicação do dever do Estado de obter o consentimento dos povos indígenas; (b) decisões relativas à aprovação de avaliações de impacto ambiental e social ou a falta de tais avaliações, incluindo alegações relacionadas ao caráter objetivo ou independente, a qualidade ou alcance das avaliações, bem como a incorporação de medidas de mitigação e / ou alternativas em relação aos impactos negativos identificados nela; (c) decisões relativas ao estabelecimento de mecanismos de partilha de benefícios ou outras formas de compensação, ou a sua falta.

---

22 IACHR, Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Awas Tingni v. Nicaragua*. Cited in: I/A Court H.R., Case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 31, 2001. Series C No. 79, par. 104(n).

23 9 IACHR, Report No. 40/04, Case 12.053, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District (Belize)*, October 12, 2004, par. 184. IACHR, Report No. 11/98, Case 10.606, *Samuel de la Cruz Gómez (Guatemala)*, par. 52.

24 I/A Court H.R., Case of the *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146, par. 111.

#### 4. DESENVOLVIMENTO

O tema desenvolvimento, que por sua amplitude e interdisciplinaridade, pode ser abordado tanto por juristas quanto por economistas, sociólogos, filósofos e cientistas políticos, mostrou-se, nos últimos anos, um terreno fértil para os mais variados trabalhos científicos.

De acordo com o Professor André Folloni (2014, p. 63-64) o tema comporta inúmeras interpretações:

No aspecto ideológico, o desenvolvimento é um discurso produzido pelos países centrais para caracterizar os países periféricos como atrasados e dependentes. No aspecto jurídico, a Constituição desenha um conceito complexo de desenvolvimento sustentável que envolve, necessariamente e em conjunto, os planos social, econômico, cultural e pessoal, abrangendo todas as dimensões fundamentais da vida humana digna necessária para a felicidade. No aspecto político, a Constituição deixa em aberto modelos possíveis e contraditórios de implementação do desenvolvimento sustentável, vedando a adoção de ideologias extremistas mas permitindo amplitude de opções na persecução do desenvolvimento enquanto ideal. Por isso, deixa opções abertas para o Poder Legislativo e Executivo, mas permite ao Poder Judiciário intervir em situações extremas.

Ocorre que por muito tempo a palavra desenvolvimento foi sinônimo apenas de crescimento econômico. Mas será que alguma coisa mudou, especialmente no que tange a interpretação dos direitos humanos a esse respeito?

O desenvolvimento como direito humano foi pela primeira vez citado pela Carta das Nações Unidas de 1945<sup>25</sup>, na qual restou claro o dever das Nações Unidas de favorecer os níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social.

Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inspirou a comunidade internacional a editar a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos<sup>26</sup>, aprovada em 1981, cujo preâmbulo afirma que “para o futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade”, e cujo art. 22, estabelece que “1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade”, bem como que “2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento”.

O próximo passo veio em 1986, a partir da promulgação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na qual passou a ficar claro que este não engloba apenas a esfera

25 Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

26 CADHP. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 11 nov. 2017.

econômica, mas também cultural, social e política, bem como o papel central que as pessoas possuem nesse processo. A partir de então, o desenvolvimento passou a ser visto como um direito inalienável e indissociável do indivíduo<sup>27</sup>.

Portanto, o que se observa desde a sua primeira aparição até o momento atual, é que a concepção clássica de desenvolvimento cultivada ao longo da década de 1960, atrelada unicamente ao crescimento econômico, vem sendo cada vez mais mitigada pela compreensão difundida a partir dos anos 1990, se tornando muito mais ampla, a qual, por exemplo, entre outros pontos de diferença já citados, se insere a proteção ambiental (GABARDO, 2009. p. 243).

Para Daniel Hachem (2013, p. 151) a definição contemporânea de desenvolvimento não se restringe à econômica, “a interdependência desta com a esfera humana e social é justamente um dos pontos cruciais do conceito, que o diferenciam da noção de crescimento”.

Nesse passo, imperioso mencionar a importância do Nobel Amartya Sen, um dos idealizadores do IDH<sup>28</sup>, nessa quebra de paradigma. A abrangência e a densidade das obras do indiano Sen o fizeram referência mundial em questões ligadas ao desenvolvimento, pobreza, desigualdade e justiça. Em que pese o objetivo desse economista por profissão e filósofo por paixão nunca tenha sido o de nortear as políticas públicas dos governos, mas sim o de fomentar discussões democráticas acerca das mais variadas questões sociais atreladas ao desenvolvimento (SEN, 2017), fato é que a contribuição do seu trabalho transcende, e muito, a academia.

Segundo Sen, o desenvolvimento está diretamente relacionado a eliminação das privações da liberdade que tolhem, da forma mais brutal, as escolhas e as oportunidades das pessoas em exercer a sua posição de agente. Logo, a eliminação dessas privações garantiria o desenvolvimento.

Para tanto, Sen, ciente de que o desenvolvimento não se encaixa unicamente na classificação de crescimento econômico, se utiliza do termo liberdades instrumentais (liberdade política, facilidade econômica, oportunidade social, transparência e segurança protetora), como forma de expandir as capacidades dos agentes, por conseguinte, combater as suas privações (pobreza, fome coletiva, tirania, carência de oportunidades econômicas, negligência do serviço público, intolerância, interferência excessiva do Estado repressivo, corrupção etc.) gerando, com isso, o desenvolvimento tanto almejado pela sociedade (SEN, 2017).

---

27 Art. 1º- O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

28 O conceito de desenvolvimento humano, bem como sua medida, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), foram apresentados em 1990, no primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), idealizado pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq, com a colaboração do economista Amartya Sen. A popularização da abordagem de desenvolvimento humano se deu com a criação e adoção do IDH como medida do grau de desenvolvimento humano de um país, em alternativa ao Produto Interno Bruto per capita (PIB), hegemônico, à época, como medida de desenvolvimento. O IDH reúne três dos requisitos mais importantes para a expansão das liberdades das pessoas: a oportunidade de se levar uma vida longa e saudável – saúde –, de ter acesso ao conhecimento – educação –, e de poder desfrutar de um padrão de vida digno – renda. O IDH obteve grande repercussão mundial devido principalmente à sua simplicidade, fácil compreensão e pela forma mais holística e abrangente de mensurar o desenvolvimento. Transformando em um único número a complexidade de três importantes dimensões, o IDH tornou-se uma forma de compreensão e fomento da discussão e reflexão ampla sobre o significado do desenvolvimento humano para a sociedade. Ver mais em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/atlasdodesenvolvimentohumanorms\\_medindo.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/atlasdodesenvolvimentohumanorms_medindo.pdf). Acesso em: 11 nov. 2017.

E uma das conquistas dessa transformação se deu, justamente, com a substituição do Produto Interno Bruto - PIB<sup>29</sup>, a partir da década de 1990, pelo IDH, como indicador de desenvolvimento adotado pelo Programa das Nações Unidas que, embora deficiente como qualquer avaliação quantitativa da realidade, consegue englobar uma dimensão mais humana e não estritamente econômica (FOLLONI, 2014).

Especificamente quanto à indústria extrativista e o desenvolvimento, pondera Clau-  
de Kabemba (2017):

It is clear that economic growth does not automatically reduce poverty, and poverty is not simply an economic problem but also a political issue. Finding a solution to problems in the extractive industries will have to start with putting in place a capable state with functional institutions. This is a prerequisite and an accompanying component of an extractive sector that can contribute positively to the national economy. Corruption that take away so much from citizens is simply symptomatic a state that is technically incompetent and ineffective, and a leadership that is selfish<sup>30</sup>.

Nessa toada, podemos concluir que, na realidade, não há mais espaço para a utilização do conceito de desenvolvimento pautado unicamente pelo seu viés econômico. Dessa forma, fica fácil deduzir que todos os direitos concedidos aos povos indígenas e tribais, desde o direito a terra até o do acesso à justiça, bem como o desenvolvimento são, na verdade, faces da mesma moeda.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o problema do presente artigo reside em como propiciar o desenvolvimento dos países das Américas sem que isso afete os direitos dos povos indígenas e tribais.

Isso porque, se de um lado os povos indígenas e tribais são detentores de direitos afirmados pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, dentre os quais se destacam o direito à propriedade, à consulta prévia e ao consentimento, à participação nos benefícios e ao acesso à justiça, de outro, os Estados detêm o direito de se desenvolverem, ou seja, de explorarem os seus recursos naturais.

Ocorre, entretanto, que as atividades praticadas nesses países devem ser obrigatoriamente compatíveis com os direitos humanos. Assim, embora o direito ao desenvolvimento implique que o Estado é livre para explorar seus recursos naturais e conceder as concessões correspondentes, as autoridades estão sob a obrigação de aplicar e fazer cumprir as disposições legais que protegem os direitos à vida, à saúde e a viver em um ambiente saudável.

---

29 Produto Interno Bruto (PIB) é um indicador que consiste na soma dos valores monetários de todos os bens e serviços produzidos por um Estado (ou região) em um período de tempo, objetivando quantificar a sua atividade econômica.

30 É claro que o crescimento econômico não reduz automaticamente a pobreza e a pobreza não é simplesmente um problema econômico, mas também uma questão política. Encontrar uma solução para os problemas nas indústrias extrativas terá que começar por colocar em prática um estado capaz com instituições funcionais. Este é um pré-requisito e um componente acompanhante de um setor extrativo que pode contribuir positivamente para a economia nacional. A corrupção que tira tanto dos cidadãos é simplesmente um estado sintomático tecnicamente incompetente e ineficaz, e uma liderança egoísta.

Logo, o que se deve ficar claro é que o crescimento não pode ser um fim em si mesmo, uma vez que nem sempre se traduz em desenvolvimento, ou seja, em uma melhora nas condições de vida dessas comunidades, de suas liberdades e capacidades.

Da mesma forma, se deve ficar claro que nem todo desenvolvimento econômico traz malefícios para a sociedade. Com efeito, o desenvolvimento deve ser gerido de forma sustentável, o que exige que os Estados assegurem a proteção do meio ambiente e, especificamente, do ambiente de territórios ancestrais indígenas e tribais.

Isso demanda uma quebra de paradigma, porquanto somente a partir da concepção dessa nova visão holística de desenvolvimento, que transcende o caráter econômico, para adquirir critérios sociais, políticos e culturais, que haverá compatibilização entre os direitos e garantias dos povos indígenas e tribais com o desenvolvimento.

Com efeito, essa nova premissa demandaria um papel muito mais ativo dos Estados, controlando, fiscalizando, participando, tributando e, em sendo necessário, punindo os infratores, com o propósito de mitigar a *extrahección*. Isso porque, a única forma de desenvolvimento aceitável não é apenas aquela que não desrespeita os direitos humanos, mas que também os promove.

## 6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto n. 19.841 de 19 de abril de 1945, promulga a **Carta das Nações Unidas**, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2017.
- BRASIL. Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004, promulga a **Convenção n. 169 da OIT**, ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, entrando em vigor em 25 de julho de 2003, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2017.
- CADHP. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- CONNECTAS. **Empresas e Direitos Humanos**, 2012, Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas\\_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie\\_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf). Acessado em: 22 nov. 2017.
- FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Mestrado em Direito** (UNIFIEO. Impresso), v. 41, p. 63-91, 2014.
- FREITAS, Eduardo de. **Atividade extrativista**; Brasil Escola. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/geografia/atividade-extrativista.htm>. Acesso em: nov. 2017.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



- GUDYNAS, Eduardo. **Extracciones, extractivismos y extrahecciones un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales**. El Observatorio del Desarrollo publicada por CLAES Centro Latino Americano de Ecología Social, 2013.
- GUDYNAS, Eduardo. **Violação de direitos não é mais consequência, mas condição da lógica econômica**, 2013. Disponível em: [http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8127:manchete220113&catid=62:eduardo-gudynas&Itemid=131](http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8127:manchete220113&catid=62:eduardo-gudynas&Itemid=131). Acesso em: nov. 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.
- I/A Court H.R., **Case of the Saramaka People v. Suriname**. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2007. Series C No. 172.
- IACHR - Inter-American Commission On Human Rights. **Indigenous And Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands And Natural Resources** Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 December 2009 Original: Spanish Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: nov. 2017.
- IACHR, Access to Justice and Social Inclusion: **The Road towards Strengthening Democracy in Bolivia**. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, June 28, 2007.
- IACHR, **Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the case of Awas Tingni v. Nicaragua**. Cited in: I/A Court H.R., Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 31, 2001. Series C No. 79.
- IACHR, **Democracy and Human Rights in Venezuela**. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 December 2009, par. 1141, Recommendation 6. See also: IACHR, Access to Justice and Social Inclusion: The Road towards Strengthening Democracy in Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, June 28, 2007.
- IACHR, **Povos Indígenas, Comunidades Afro-Descendentes e Recursos Naturais: Proteção dos Direitos Humanos no Contexto de Atividades de Extração, Exploração e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/ancestrallands.pdf>. Acesso em: nov. 2017.
- IACHR, **Report on the Situation of Human Rights in Ecuador**. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, April 24, 1997.
- IACHR, **Third Report on the Human Rights Situation in Colombia**. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.
- KABEMBA, Claude, **Human Rights and Extractive Industries: Attacking the brand**, 2016 Disponível em: <http://www.sarwatch.org/speech/human-rights-and-extractive-industries-attacking-brand>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- LEIDENS, Letícia Virgínia. O CASO MAYAGNA AWAS TINGNI X NICARÁGUA: notas do *decisum* da Corte Interamericana de Direitos Humanos In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 285 a 302.
- MARQUES, Floriano de Azevedo Marques Neto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

- MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Teoria Geral da Administração**. Da Revolução Urbana à Revolução Digital. São Paulo: Atlas, 2011.
- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 147 a 168.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- ZUBIZARRETA, Juan Hernández. Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa. Bilbao HEGOA; Madrid: Observatorio de las Multinationales en America Latina - OMAL, 2009. Disponível em: [http://pdf2.hegoa.efaber.net/entry/content/434/las\\_empresas\\_transnacionales\\_juan\\_hernandez.pdf](http://pdf2.hegoa.efaber.net/entry/content/434/las_empresas_transnacionales_juan_hernandez.pdf). Acesso em: 24 nov. 2017.

### **Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli**

guilherme@dplaw.com.br

Advogado. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-LLM em Direito Empresarial - Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. De 2010 a setembro de 2012 foi Advogado Coordenador de contencioso de massa Bancário no Escritório de Advocacia Vanzin e Penteadó - com sede em Curitiba/Paraná. Desde 2013 é sócio do Escritório Pontes Pinto & Pignaneli Sociedade de Advogados - com sede em Porto Velho/Rondônia e atuação em todos os estados da região norte do Brasil. Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade Católica de Rondônia - FCR Professor da pós-graduação da Uninter - FAP Membro da Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs - AB2L e Membro do IDPR - Instituto de Direito Processual de Rondônia. Professor Coordenador da Ensino Prime.



# TRÊS ANOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES SOB A  
PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

## THREE YEARS OF THE STATUTE OF THE DISABLED PERSON:

STUDYING THE RIGHTS OF THE DISABLED UNDER THE  
PERSPECTIVE OF THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS

Gabriela Cristina Back  
backgabc@gmail.com

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger  
fabiana7778@hotmail.com

Recebido: 21-6-2018

Aprovado: 11-6-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A defesa da Dignidade da Pessoa Humana Deficiente. 3 Tratados Internacionais, a crítica a Teoria dos Direitos Humanos e a Constitucionalização dos Direitos dos Deficientes. 4 A positivação dos Direitos dos Deficientes no ordenamento jurídico brasileiro. 5 Considerações finais. 6 Referências.

### **RESUMO:**

O trabalho, desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, com revisão bibliográfica específica e atualizada, objetiva pesquisar a atual situação de proteção normativa das pessoas com deficiência no Brasil a partir de normas do plano internacional, constitucional e legal, a fim de analisar se a positivação dos direitos dos deficientes é capaz de responder à teoria crítica dos Direitos Humanos. Conclui-se que tais normas não são suficientes, especialmente a partir da perspectiva da Teoria Crítica, mas devem ser vistas como armas de luta pela efetivação dos direitos dos deficientes.

### **ABSTRACT:**

The paper, developed using the deductive method, with a specific and updated bibliographic review, aims to investigate the current situation of normative protection of people with disabilities in Brazil, based on international, constitutional and legal standards, in order to analyze whether disability rights is capable of responding to the Critical Theory of Human Rights. It is concluded that such norms are not enough, especially from the perspective of the Critical Theory but should be seen as weapons of struggle for the realization of the rights of the disabled.

**Palavras-chave;**

Deficientes. Dignidade. Direitos Humanos.

**Keywords:**

Disabled. Dignity. Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui cerca de 45,6 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, segundo o Censo Demográfico de 2010 (BRASIL, 2017a). Isso representa aproximadamente 23,9 % da população do país. Desses, mais de 7 milhões vivem em zona rural onde, via de regra, o acesso a bens é reduzido. Quando a natureza da deficiência<sup>1</sup>, a pesquisa apurou que no país mais de 35 milhões de pessoas possuem deficiência visual, 9 milhões têm alguma limitação auditiva, 13 milhões apresentam alguma deficiência motora e mais de 2 milhões de brasileiros tem deficiência mental ou intelectual.

Outro dado alarmante sobre essa situação diz respeito à ocupação das pessoas deficientes. Segundo o mesmo levantamento, em 2010, dentre as 3.005.744 pessoas portadoras de deficiência auditiva com mais de 10 anos de idade, 440.250 não possuíam rendimentos. Isso representa uma população de aproximadamente 14,6 % de deficientes que dependem inteiramente de ajuda de terceiros.

É importante destacar que os direitos dos deficientes foram historicamente esquecidos, por vezes negados. Modernamente, esses direitos vêm sendo inseridos nos ordenamentos jurídicos de diversos países, como é o caso, por exemplo, do Brasil. Ou seja, diante da situação de marginalização social das pessoas com deficiência, foram criadas diversas normas de proteção a fim de evitar a discriminação e garantir a efetivação dos direitos fundamentais aos deficientes, como se verá no desenvolvimento do presente estudo. Destaca-se, entretanto, a Lei Federal nº 13.146 de julho de 2015 que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, como também ficou conhecida, o “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

Dessa forma, o presente trabalho tratará do tema referente a proteção legal dos deficientes, sua evolução de lutas históricas por reconhecimento de direitos até a positivação no ordenamento jurídico nacional, culminando com a criação de um Estatuto voltado exclusivamente para amparo dessas pessoas.

O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, no qual será realizada revisão bibliográfica específica e atualizada sobre os temas em análise, com aplicação técnica de pesquisa bibliográfica e documental-legal, pois imprescindível, além da leitura de textos sobre o tema, a análise de documentos normativos.

O objetivo principal do trabalho é pesquisar a atual situação de proteção legal das pessoas com deficiência no Brasil, no plano internacional, constitucional e legal, a fim de analisar se a positivação dos direitos dos deficientes é capaz de responder à teoria crítica dos Direitos Humanos.

---

1 A pesquisa indica que 45.606.048 brasileiros possuem pelo menos uma das deficiências investigadas. Isso significa que alguns dos entrevistados apresentavam mais de uma limitação, como se reflete nos números apresentados na sequência.

## 2. A DEFESA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DEFICIENTE

O primeiro documento legal que acolheu a dignidade da pessoa humana de maneira expressa foi a Constituição da Alemanha de 1949. Antes disso, ela havia sido tratada pela filosofia cristã, especialmente Tomás de Aquino, que foi o primeiro a efetivamente utilizar a expressão “Dignidade Humana”. Entretanto, é Emmanuel Kant quem aperfeiçoa este conceito, sendo que suas teorias prevalecem no pensamento filosófico atual (MARTINS, 2003, p.15-23).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, conforme se depreende do art. 1º, inciso III da Constituição de 1988. Ainda que já houvesse referência a este princípio em constituições anteriores (1934, 1937 e expressamente em 1967), a maneira como ele é tratado no novo diploma constitucional é inovadora. Isso porque, segundo Fladimir Martins (2003, p. 51), o constituinte original preocupou-se, não apenas da necessidade de positivação deste “valor fonte” do pensamento ocidental, mas “buscou acima de tudo estruturar a dignidade da pessoa humana de forma a lhe atribuir plena normatividade, projetando-a por todo sistema político, jurídico e social instituído”.

Ainda, deve-se atentar para o fato de que a Constituição brasileira em seu art. 170, *caput*, ao tratar do tema da ordem econômica, também fala de “existência digna”, reafirmando a responsabilidade e preocupação Estatal também quanto a este elemento (MARTINS; REZEK, 2008, p. 16). A esse trecho, herança da Constituição Federal de 1967, pode-se também acrescentar o art. 226, § 7º, e art. 227, 230 no capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” todos da Constituição Federal de 1988, os quais também tratam do tema da dignidade da pessoa humana.

Sobre a importância de estudo do tema da dignidade da pessoa humana, merece destaque o ensinamento do Ministro Alexandre de Moraes (2011, p. 24) que define a dignidade da pessoa humana como

[...] um valor espiritual inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Desse conceito, visando o estudo da proteção das pessoas com deficiência, algumas considerações preliminares podem ser feitas.

Primeiro, a dignidade da pessoa humana é um “valor inerente à pessoa”, ou seja, sem qualquer forma de diferenciação – inclusive quanto a existência ou não de condições de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com uma ou mais barreiras obstruem a participação plena e efetiva do sujeito na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas<sup>2</sup> –, toda pessoa possui uma

---

2 O conceito de pessoa com deficiência, segundo o art. 2º da Lei 13.146/15 é: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

dignidade a ser respeitada pelas demais e protegida pelo Poder Público. Trata-se do mínimo exigido para reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto sujeito de direito.

Em segundo lugar – e talvez a mais importante das observações que ora se faz – a expressão “autodeterminação consciente e responsável da própria vida” afiança ao deficiente a garantia de poder de fato realizar as próprias escolhas em relação a sua vida. Parece, à primeira vista, uma afirmação básica e simplória. Mas basta analisar a legislação vigente para perceber o quão importante é o esclarecimento dessa condição. Isso porque, como será elaborado com mais propriedade na sequência do trabalho, até a entrada em vigor da Lei 13.146/15, muitas das pessoas com deficiência eram tratadas como incapazes pelo Código Civil<sup>3</sup>. Portanto, o reconhecimento de capacidade dos deficientes – o que ocorreu tardiamente no Brasil – é condição necessária para configurar o respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Em terceiro lugar, segundo Moraes, a dignidade da pessoa humana “traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”. Essa qualidade legitimaria, por exemplo, as ações educacionais de combate ao bullying escolar, criminalização de discriminação contra deficientes<sup>4</sup>, uso de quotas para ingresso no mercado de trabalho<sup>5</sup> e regras trabalhistas flexíveis<sup>6</sup>, e vagas reservadas em concurso para ingresso no serviço público<sup>7</sup>, uma vez que todos esses atos administrativos visam, em maior ou menor medida, a educação social e demonstração do potencial e capacidade dos deficientes, enquanto sujeitos de direito, de serem parte ativa e integrante na comunidade, bem como o combate a segregação e marginalização, objetivando uma sociedade onde todos possam, respeitadas suas diferenças, viver em igualdade.

Por fim, a dignidade enquanto “um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar” exige a prestação positiva do Poder Público na elaboração de normas de proteção e realização de medidas que visem garantir, não apenas formalmente, a efetividade dos direitos dos deficientes.

Ruy Cirne Lima (2007, p. 296) diz que a dignidade humana “é intangível e inviolável”. O princípio da dignidade da pessoa humana, que nasceu das discussões filosóficas e jusnaturalistas sobre liberdade e fundamentalidade dos direitos, possui como objetivo básico a ideia de que o Estado existe para proteger a liberdade e os direitos humanos dos indivíduos, não para violá-los.

No entanto, como visto, a dignidade humana possui, atualmente, uma carga muito mais abrangente no sistema jurídico. Isso porque a dignidade do homem abrange o dever de dar a ele a capacidade de escolher seu próprio caminho, dar-lhe autonomia (TAVARES, 2008, p. 541). A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pes-

---

3 Dizia o revogado art. 3º, inciso II, do Código Civil: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. No mesmo sentido, previa o art. 4º, incisos II e III: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

4 Vide arts. 88-91, Lei 13.146/15, “dos crimes e das infrações administrativas”.

5 Nos termos do art. 93 da Lei 8.213/91, 0020a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, proporcionalmente.

6 Como exemplo, pode-se citar: prazo do contrato, idade mínima e outras regras para contratação de aprendiz (art. 428, §§ 3º, 5º, 6º e 8º, bem como art. 433 CLT).

7 Segundo o art. 37, VIII, da Constituição Federal, “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

soa não será alvo de ofensas e restrições no exercício da sua dignidade, mas também agrega a afirmação de atuação positiva do Estado e da sociedade no exercício do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Sobre a relevância da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico brasileiro, já se posicionaram outros doutrinadores.

Bulos (2008, p. 392-393) diz que “quando o texto maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo”. Esse autor vai além, dizendo que o princípio da dignidade humana tem caráter de sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, devendo ser sempre observado quando da exegese de qualquer outra norma constitucional.

Nesse ponto é importante esclarecer que a natureza jurídica do postulado da dignidade humana é bastante controversa na doutrina, do que decorre também a dificuldade de conceituação. Classificada de regra, valor supremo<sup>8</sup>, unidade axiológica-normativa<sup>9</sup>, princípio ou, como dito acima, sobreprincípio, e as vezes até mesmo como tendo caráter duplo<sup>10</sup>, o fato incontestável é de que a dignidade humana há de ser defendida para todas as pessoas.

Assim, ainda que seja difícil a conceituação deste princípio constitucional, dada a sua abstração, não há dúvidas que a dignidade da pessoa humana não só existe, mas como é o fundamento e fim da sociedade (TAVARES, 2008, p. 536-543).

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (2015) disse sobre o princípio da dignidade humana:

Com o acolhimento desse princípio, o Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas, ou seja, políticas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana.

Novamente, esse conceito demonstra a importância do estudo da dignidade humana quando se trata do tema dos direitos dos deficientes.

Isso porque a população dos deficientes é historicamente marginalizada. Esse preconceito antigo e injustificável, permitiu que por muitos anos não se reconhecesse personalidade ou capacidade a milhões de pessoas em todo o mundo. Segundo a Ministra (2015) “a exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil”. Ocorre que a palavra “útil” aqui empregada decorre do sentido utilitário, do utilitarismo, ou seja, os excluídos da sociedade – como os deficientes

8 Essa é a terminologia usada por José Afonso da Silva (2011, p.105): “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”.

9 Expressão usada por Fladimir Jerônimo Belinati Martins (2003, p. 54-66).

10 Nesse aspecto, merece destaque a ideia defendida por Robert Alexy em seu livro *Teoria do Direitos Fundamentais* (2008, p. 111-114). Segundo o autor, as normas podem ser classificadas como regras – normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas – ou como princípios – normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. No caso da dignidade humana, tem-se que esta ora funciona como princípio, ora como regra. Será regra quando não houver questionamento quanto a sua prevalência sobre outras normas, mas tão somente quanto a sua violação ou não. Será princípio quando usado para sobrepor os outros princípios e determinar o conteúdo da regra da dignidade humana. O autor conclui da seguinte forma: “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas”.

por toda a história – são marginalizados segundo “os paradigmas de uma economia que rejeita o homem”.

Ocorre que a ideia o homem como meio – aqui, meio para obter lucro – já foi rejeitada por Kant no século XVIII, pois “o preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada” (ROCHA, 2015). Assim, o homem deve ser visto como um sujeito de fins em si mesmo.

Toda forma de preconceito é indigna e antijurídica. Além disso, o preconceito lesa o princípio da dignidade humana, e por isso, deve ser combatido pelo Estado, quem deve ainda utilizar de todas as medidas possíveis para garantir o livre exercício de direitos de todas as pessoas, inclusive os deficientes, que devem ser retirados da marginalização para que se possa falar em respeito à sua dignidade.

Logicamente, essa não é uma tarefa fácil. Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 153), dizem que, no plano dos fatos, a experiência evidencia a dificuldade em concretizar por completo o previsto no princípio da dignidade humana, seja por questões de ordem cultural, as quais limitam sua pretensão universal, seja por carência de recursos dos países que, embora comprometidos formalmente, não logram êxito em efetivá-los<sup>11</sup>.

Sem a pretensão de investigar os motivos que dificultam a efetivação dos direitos, passar-se-á a demonstrar como, ao longo da história, foi se percebendo a necessidade de reconhecimento e positivação de direitos dos povos marginalizados, incluindo-se aqui, as pessoas com deficiência.

### 3. TRATADOS INTERNACIONAIS, A CRÍTICA A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES

Suscintamente, Flávia Piovesan (2008, p. 1139) diz que objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos é proporcionar aos indivíduos meios de proteção aos direitos humanos que já foram reconhecimentos internacionalmente pelos Estados.

Assim, como vários dos direitos pelos quais lutam os deficientes – inclusive a luta pela sua dignidade, como desenvolvido no tópico anterior – podem ser considerados direitos humanos, conclui-se que, além dos mecanismos institucionais de cada Estado, existe um sistema de proteção internacional do qual podem se socorrer as pessoas com deficiência cujos direitos forem negados ou violados.

Ao longo da história, como se verá a seguir, algumas conquistas em relação ao reconhecimento e positivação de direitos específicos aos deficientes foram adquiridas, por isso a importância do estudo do sistema internacional de direitos humanos.

A doutrina clássica ensina que esse sistema se aperfeiçoou após a Segunda Guerra Mundial, quando se percebeu que uma proteção internacional poderia ser mais efetiva para garantir a dignidade humana do que aquela fornecida pelos Estados Nacionais individualmente. Importante frisar que, ainda que o sistema internacional de direitos humanos tenha natureza convencional, existem mecanismos que podem por limites à atuação dos Estados (PIOVESAN, 2008, p. 1137).

Em outras palavras, Sidney Guerra (2011, p. 73) leciona que o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno decorrente do pós-guerra, o qual

---

11 Joaquim Herrera Flores (2009, p. 44-45) também diz que a existência de uma norma não garante o acesso aos bens. A norma pode não ser aplicada por motivos econômicos, por falta de vontade política ou até mesmo por motivos sociais e culturais.



pode se desenvolver sob a crença de que as barbáries violações cometidas nessa época poderiam ser prevenidas com a existência de um sistema efetivo de proteção internacional de direitos humanos.

Sendo assim, pode-se dizer que, a partir da segunda metade do século XX passa-se a fazer uma nova análise da dignidade humana no âmbito internacional, reconhecendo a existência de direitos inerentes à sua existência, os quais precisam ser protegidos. Dessa forma, nasceu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também intimamente ligado com a criação da Organização das Nações Unidas e com a redação da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (GUERRA, 2011, p. 76).

Dessa forma, é possível dizer que, em decorrência desse período histórico, lembrado sempre pela grave e atroz violação de direitos humanos, os Estados passaram a focar na reconstrução e consolidação dos ideais de proteção da dignidade humana. Nesse sentido, houve melhoria significativa no reconhecimento da situação de abandono social e legislativo dos deficientes, que culminava na aniquilação da dignidade de uma população inteira. Essa melhoria também foi sentida na positivação de alguns direitos, nacional – com a normatização da proteção na esfera interna dos Estados – e internacionalmente – com a edição de acordos e tratados internacionais que visam assegurar direitos às pessoas com deficiência.

Nesse sentido, a própria ONU, instituição voltada para a manutenção da paz, que também tem como objetivo a valorização humana, iniciou, para a concretização deste fim, uma fase legislativa de proteção dos direitos humanos, o que se traduziu na redação de declarações, pactos e protocolos (GUERRA, 2011, p. 88-90).

Dentre os principais documentos, além da já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tem-se o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos<sup>12</sup>, Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos datados de 1966, documentos estes que formam a “grande codificação” dos direitos humanos, criando a Carta Internacional de Direitos Humanos (GUERRA, 2011, p. 92-94).

O que nos importa para o presente trabalho, é a intensão da Carta em estabelecer que todos os seres humanos têm capacidade para gozar direitos, independentemente de qualquer diferença, conforme decorre dos artigos 1º e 2º da Declaração de Direitos de 1948<sup>13</sup> (GUERRA, 2011, p. 92).

Ainda, importante frisar que

A proteção aos direitos humanos por meio de instituições de âmbito regional tem-se revelado mais positiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em nível mundial (GUERRA, 2011, p. 131).

12 Tal documento foi ratificado pela Brasil através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

13 Os citados artigos prescrevem como segue: "Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

"Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania".

Esse entendimento, em certa medida, vai ao encontro do proposto pela teoria crítica dos direitos humanos. Essa corrente teórica tem como objetivo envolver as pessoas diretamente na construção de um mundo sem opressões e explorações. Luta pelo desenvolvimento das pessoas, pois acredita ser esse a base da dignidade humana (FLORES, 2009, p. 15).

Ainda que não se pretenda neste trabalho combater o pensamento tradicional sobre os direitos humanos pois, como reconhecido pelo próprio Joaquim Herrera Flores (2009, p. 42), este representou avanços, como por exemplo, a redação da Declaração Universal que “constitui, ainda hoje, um marco muito importante na luta pelo processo de humanização da humanidade”, a perspectiva de análise dos direitos humanos a partir da visão dos marginalizados permitirá reconhecer o avanço na positivação de direitos e a sua importância no que se refere ao armamento e fortalecimento do movimento em defesa dos deficientes, que agora, mais do que nunca, possui voz para lutar por seus direitos.

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos reconhece ainda, que as lutas por acesso aos bens poderão ocorrer após a positivação e formalização dos interesses, pois o que pretendem é empoderar as pessoas e os grupos que sofrem violações, pois “o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade” (FLORES, 2009, p. 34-39). É nessa perspectiva, de busca de significado de direitos humanos das pessoas com deficiência a partir da sua posição social e da sua realidade fática, que serão analisados os tratados internacionais, as disposições constitucionais e demais normas acerca dos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, ao fazer a leitura dos documentos trabalhados nesse artigo, deve-se realizar uma interpretação dos direitos humanos das pessoas com deficiência que condiz com a sua realidade. Deve-se levar em conta a sua situação de marginalização e evitar a defesa de qualquer conceito absoluto, incapaz de levar em conta a realidade em que se inserem os sujeitos de direito e impossibilitar a luta por novos interesses e necessidades. Igualmente não é possível aceitar uma interpretação de direitos humanos dos deficientes que se baseie em infinitos fundamentos, sob pena de relativizar os conceitos e perder a contato com a realidade. Não é possível, ainda, admitir posturas interpretativas reducionistas e etnocentristas, ou seja, interpretações que reduzem a realidade e desconhecem as diversas parcelas pelas quais os processos de direitos humanos se veem afetados e que limitam a análise desses direitos ao culturalismo principalmente europeu. Ao o fazer, evita-se os riscos listados por Alejandro Rosillo Martín (2015, p. 25-32), a saber: dogmatismo, pensamento débil, reducionismo e etnocentrismo.

Assim, tem-se que o sistema interamericano de direitos humanos, criado a partir da Organização dos Estados Americanos (OEA), é um aparelho regional que existe paralelamente e de forma complementar aos sistemas internos e internacionais, tendo, desde sua criação, papel de destaque no reconhecimento de novos direitos (PIOVESAN, 2008, p.1135).

Teve como base a Carta Internacional de Direitos Humanos, mantendo, consequentemente, a mesma preocupação em garantir direitos iguais a todos, bem como a defesa da dignidade humana. Para tanto, criou uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual funciona paralelamente à Comissão de âmbito internacional tratada pela Declaração de 1948 (GUERRA, 2011, p. 169-170).

Além disso, tem-se a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) data de 1969 e foi ratificado por onze Estados, sendo que o Brasil só o fez em 1992, por meio do decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. No caso de conflito com outras normas, tanto as nacionais quanto as internacionais, prevê a Convenção



Americana, em seu artigo 29, b, que se deve aplicar o princípio da norma mais benéfica (PIOVESAN, 2008, p. 1137).

Importante frisar que, conforme lembra Guerra (2011, p. 170), diferentemente da Declaração de Direitos de 1948, a Convenção de 1969 se apresentou como documento internacional capaz de produzir efeitos jurídicos para os Estados que o ratificassem.

Nesse sentido, quanto à importância do citado sistema, diz a doutrina de Flávia Piovesan (2008, p. 1136) que no que tange “à adequação das legislações nacionais aos parâmetros de direitos humanos internacionais, o sistema ajudou a promover reformas legislativas com o intuito de torna-las mais respeitadas aos direitos humanos”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi complementada pelo Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), feito quase 20 anos depois da edição da Convenção, em 1988. Foi ratificado pelo Brasil em 1996 (PIOVESAN, 2008, p. 1329). Neste protocolo, surgiu o tema da proteção aos direitos dos deficientes, o qual foi tratado em seu artigo 18<sup>14</sup>.

O sistema americano de direitos humanos foi a primeiro a adotar tratado internacional juridicamente vinculante sobre o direito dos deficientes, qual seja, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (PIOVESAN, 2008, p.1141-1142).

Segundo Flávia Piovesan (2008, p. 1363), o referido documento é o único atualmente vinculante sobre o tema, sendo que o texto foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 3.956 de 08 de outubro de 2001 e diz:

Reafirmando que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano [...] (BRASIL, 2017c).

Dentre outros documentos internacionais que tratam dos direitos dos deficientes destacam-se a Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes de 1975, a Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes de 1983 e a Convenção Sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes de 1993.

Como se vê, ao longo da história contemporânea, os Estados internacionais passaram a se preocupar com a positivação dos direitos das pessoas com deficiência. Esse fenômeno não se limitou ao reconhecimento de igualdade formal, mas representou a elaboração de normas de combate à discriminação, criação de políticas públicas de inclusão social e adequação do espaço público para diferentes tipos de deficiência, bem como a organização de

---

14 Diz o citado artigo: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a) Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; b) Proporcionar formação especial as famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c) Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d) Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

regulamentos sobre inclusão profissional e de emprego. Essas, dentre outras medidas, têm por objetivo a integração dos deficientes na sociedade, mas não apenas como meros espectadores ou participantes passivos, e sim como verdadeiros sujeitos atuantes e capazes, que atuam em igualdade de condições para concretizar os objetivos de uma sociedade mais justa e melhor para todos.

Importante, neste momento, avaliar como a Constituição brasileira de 1988 tratou da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos em seu ordenamento jurídico e qual a força que ela lhes atribui, uma vez que compete ao direito interno de cada país utilizar de mecanismos legislativos, administrativos e judiciais para dar cumprimento aos compromissos assumidos no plano internacional.

A Constituição de 1988 instaurou o regime político democrático no país, marcando o fim de uma era ditatorial. Em decorrência disso, representou significativo avanço na proteção das garantias fundamentais e na proteção de camadas mais vulneráveis da sociedade, sendo a primeira Carta Magna brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental na regência do Estado em suas relações internacionais (PIOVESAN, 2008b, p. 22-37).

Essas inovações podem ser vistas no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 2017b).

A redação desse artigo tem como objetivo a concretização do princípio da dignidade humana, representando salto qualitativo no ordenamento jurídico pátrio de proteção aos direitos humanos (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p.154).

Ainda sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet (2008) diz que antes mesmo da inclusão deste artigo no texto constitucional, a doutrina nacional majoritária já defendia a hierarquia constitucional e a fundamentalidade dos direitos humanos consagrados em documentos internacionais. Diz o autor ainda que, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha abandonado a tese de paridade entre lei ordinária e tratados internacionais, segue a Corte outorgando aos direitos previstos nesses ordenamentos hierarquia infraconstitucional “negando-lhes, portanto, a condição de “verdadeiros” direitos fundamentais”.

A regra do art. 5º, §3º da Constituição Federal, portanto, busca a concretização e, principalmente, da integração das regras de direitos humanos internacionais no sistema jurídico nacional. Sendo assim, o Estado estaria reconhecendo que a sua soberania “fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2008b, p. 40).

Nesse norte, com foco no presente trabalho, deve-se assinalar que o Tratado de Nova York de 30 de março de 2007 é uma norma de direito internacional de direitos humanos que foi aprovada pelo Congresso através do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 nos

termos do supracitado dispositivo constitucional, passando, assim, a integrar a Constituição como se fosse Emenda Constitucional. Tal tratado teve como objeto a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

#### 4. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 231) dizem que grande parte do avanço do direito constitucional moderno decorre do reconhecimento dos direitos fundamentais como centro de proteção da dignidade da pessoa humana bem como sendo a Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico, local adequado para positivizar tais pretensões.

Curiosamente, a Constituição brasileira de 1824 foi a primeira Carta Magna no mundo que expressou, em termos normativos, os direitos do homem (BULOS, 2008, p. 103).

Na Constituição Federal brasileira os direitos individuais e coletivos são tratados no art. 5º. Já os direitos sociais estão elencados no art. 6º e 193 e seguintes. Ainda pode citar os direitos econômicos, os direitos políticos e os de nacionalidade. Os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (SILVA, 2011, p. 181-190).

Nesses capítulos, os direitos dos deficientes são protegidos expressamente, como por exemplo a proibição de discriminação para admissão e diferença salarial (art. 7º, inciso XXXI), dever de todos os entes federados de cuidar da saúde e assistência pública dos deficientes (art. 23), garantia de acesso a cargos públicos através de vagas reservadas para pessoas com deficiência (art. 37, inciso VIII) e critérios de aposentadoria diferenciados (art. 40, § 4º, inciso I e art. 201, § 1º), preferência de pagamento de precatórios (art. 100, § 2º), benefícios da assistência social (art. 203, incisos IV e V), atendimento educacional especializado (art. 208, III), programas especializados voltados para integração social do deficiente (art. 227, § 1º, inciso II), garantia de acesso adequado às pessoas com deficiência às construções e edifícios (art. 227, § 2º e art. 244). Essas disposições representam um avanço incontestável na proteção dos interesses das pessoas com deficiência. Se comparada com a Constituição brasileira de 1967 e a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, pode-se facilmente comprovar tal afirmativa: em nenhum desses textos constitucionais há qualquer menção de direitos dos deficientes.

Assim, percebe-se que o reconhecimento da situação de abandono das pessoas com deficiência no Brasil se deu socialmente, e como reflexo, normativamente, de forma bastante acentuada. Outras populações historicamente marginalizadas, como as mulheres e negros, já tinham, em outros textos, reconhecimento de igualdade formal e proibição de discriminação<sup>15</sup>. Os deficientes, por outro lado, mantiveram-se invisíveis aos olhos da Administração Pública e da sociedade.

Esse paradigma começa a mudar a partir do período democrático, uma vez que, como exemplificado acima, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em identificar as dificuldades enfrentadas pela população de deficientes e decidiu por positivizar e reconhecer

---

15 Dizia o art. 150 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei", redação que se manteve praticamente inalterada após a emenda constitucional de 1969.

seus direitos, especialmente o seu direito a personalidade e exercício de capacidade em condições de igualdade.

A constitucionalização dos direitos das pessoas com deficiência é sem dúvidas um forte paradigma a ser celebrado, dada sua incontestável melhoria no que se refere, ao menos, na possibilidade de pleitear a efetivação desses direitos. Mas não é só nos artigos da Carta Magna que estão protegidos os interesses dos deficientes.

Além do disposto na Constituição Federal, com vistas a concretizar direitos humanos e direitos fundamentais, tendo como ênfase a dignidade da pessoa humana, diversas leis foram criadas para proteger e resguardar os direitos dos deficientes.

Dentre elas se destaca a Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, a qual dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes

Cita-se ainda a Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e os Decretos nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 e nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004 os quais regulamentam a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Contudo, destaca-se a Lei Federal nº 13.146 de julho de 2015 que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, como também ficou conhecida, “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

A criação de uma legislação específica e consolidada para tratar unicamente de temas relativos às pessoas com deficiência é um avanço positivo na defesa dos seus interesses e deve ser celebrada. O Estatuto da Pessoa com deficiência definiu a condição de deficiente (art. 2º) – e como já dito, alterou inclusive demais leis, como o Código Civil, conferindo capacidade<sup>16</sup> à todos, independente da deficiência, excluindo do ordenamento jurídico a nulidade do casamento contraído por “enfermo mental”<sup>17</sup>, erro essencial sobre a pessoa, e alterando significativamente as disposições sobre os interditos (arts. 1.767-1778, CC) – e demais conceitos como acessibilidade (art. 3º, inciso I), barreiras (art. 3º, inciso IV, “a” a “f”) e adaptações razoáveis (art. 3º, VI). Temas como a acessibilidade, direito e garantia de trabalho, participação na vida pública e política e a definição de crime também são tratados no Código.

O tópico da capacidade merece destaque. É assustador ler em alguns textos – nem tão antigos – disposições em que determinadas deficiências são usadas como desculpa para justificar a incapacidade e a consequente exclusão social e segregação das pessoas com de-

16 Além de alterar o Código Civil, a Lei 13.146/15 diz em seu art. 6º: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

17 Dizia o revogado art. 1.548: “é nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”.

ficiência. Em uma doutrina datada de 2011 (GONÇALVES, 2011, p. 124), dizia o texto que, com base no disposto no seu art. 4º, inciso III – hoje revogado pelo Estatuto da pessoa com deficiência – o Código Civil “considera relativamente incapazes não apenas os portadores de ‘Síndrome de Down’, mas todos os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, como, por exemplo, os surdos-mudos”.

Diante de todo o exposto neste trabalho, parece assustador pensar que, em algum momento histórico, o legislador entendia que a surdez, por exemplo, não era um obstáculo que precisava ser superado para garantir a inclusão de uma pessoa com total capacidade de desenvolvimento na sociedade, mas um limite absoluto de reconhecimento do mínimo de dignidade da pessoa, nesse caso, a sua personalidade. A própria evolução da terminologia, de “excepcional” para “pessoa com deficiência” mostra a preocupação atual com o respeito às condições de desigualdade como ponto inicial para a luta por igualdade de direitos.

A Lei nº 13.146/15 reafirmou, ainda, a igualdade de direitos e oportunidades que deve ser garantida aos deficientes, bem como definiu e proibiu a discriminação (art. 4º e art. 84). Destaca-se ainda a criação de um rol de direitos fundamentais (título II) dos quais se destaca o disposto no art. 10: “Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida” (BRASIL, 2017d).

Voltando para a análise da perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, pode-se dizer que a positivação dos direitos dos deficientes no ordenamento jurídico brasileiro avançou muito nas últimas décadas. Ainda que o mero reconhecimento formal de direitos não possa ser considerado, por si só, suficiente para a concretização da dignidade humana da pessoa com deficiência, é seguro dizer que é um passo importante para a efetivação desse ideal. Reconhecer a capacidade desses sujeitos, bem como a sua posição de vulnerabilidade e consequente necessidade de especial proteção. As normas positivadas têm aptidão para se tornarem base de reivindicações.

A efetivação desses direitos, contudo, depende da evolução da luta pela não discriminação. O reconhecimento de capacidade foi talvez o ponto mais importante: dá voz, amplia o âmbito do diálogo entre as partes, dá força e arma os deficientes para a luta que ainda têm pela frente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência foram historicamente rejeitadas e seus direitos negados. Modernamente, a preocupação com o reconhecimento da necessidade de proteção da dignidade dessas pessoas se tornou latente.

No âmbito internacional, diversos textos foram editados prevendo direitos humanos dos deficientes. Dentre eles, destacam-se a não discriminação e a igualdade. A América Latina desenvolveu seu próprio sistema de proteção de Direitos Humanos, e a defesa dos direitos dos deficientes teve destaque como em nenhum outro sistema regional de defesa.

Infelizmente, apesar da existência de tais tratados internacionais, os textos são pouco estudados e aplicados no Brasil – por falta de conhecimento e pela cultura tratadista não ser suficientemente desenvolvida no país – o que, por si só, não é um dado negativo. É preciso estimular o estudo desses documentos. Dando visibilidade a eles, é possível que a pauta dos direitos dos deficientes torne-se mais discutida, dando visibilidade também a esses sujeitos.

Do ponto de vista da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, a mera previsão de direitos em textos normativos não é o suficiente. É preciso ter como objetivo a concretização

desses direitos. Dar às pessoas armas para lutar por eles. Nesse sentido, as normas internacionais de proteção dos direitos das pessoas com deficiência podem ser vistas positivamente como horizonte, como objetivos a serem alcançados, não devem ser desvalorizadas unicamente pelo seu caráter formal. Em outras palavras, pode-se dizer que existem normas internacionais suficientemente capazes de orientar o país para a defesa dos deficientes. A dignidade humana, princípio norteador da República Federativa do Brasil, tem especial força na perspectiva da defesa desses direitos.

De igual forma, a instituição de Estatuto da Pessoa com Deficiência deve ser comemorada. A Lei nº 13.146/15 não apenas instituiu uma legislação específica sobre a inclusão dos deficientes como consolidou a posição brasileira de reconhecimento das desigualdades e luta pela eliminação das dificuldades que impeçam a efetiva participação dessas pessoas na sociedade.

No plano normativo formal houve considerável mudança nos últimos anos. Mudanças positivas e que não devem ser subestimadas. No entanto, a dificuldade de implementação no plano real depende de fatores que superam a força do legislador. Nesse sentido, a luta defendida pela teoria crítica dos direitos humanos mostra a sua força. A sociedade civil, junto até mesmo de instituições como o Ministério Público – reconhecidamente protetor de direitos humanos de grupos como crianças, idosos e pessoas com deficiência – devem manter a luta pela redução de desigualdades e promoção de uma efetiva justiça social, com a promoção da dignidade humana dos deficientes.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2008. 669 p.
- BRASIL. **Censo Demográfico de 2010**. 2017a. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia\\_tab\\_xls.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_xls.shtm). Acesso em: 30 maio 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2017b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30 maio 2017.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 3.956/2001**: promulgada em 8 de outubro de 2001. 2017c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm). Acesso em: 30 maio 2017.
- BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2017d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 30 maio 2017.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.
- FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. 231 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. 561p.



- GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011. 223 p.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada São Paulo: Malheiros, 2007. 589 p.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba, PR: Juruá, 2003. 141 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco. **Constituição federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 846p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. atual. até a EC n.67/10 e Súmula V São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.
- PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008. 1530 p.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008b. 552 p.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Fundamentos dos direitos humanos desde a filosofia da libertação**. Ujuí, RS: UNIJUÍ, 2015. 134 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 3.ed., rev., atual e ampl. Revista dos Tribunais. 2014. 1407 p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 67 de 22.12.10. São Paulo: Malheiros: 2011. 928 p.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1279p.

### **Gabriela Cristina Back**

backgabc@gmail.com

Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Barriga Verde? Unibave. Advogada.

### **Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

fabiana7778@hotmail.com

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande

do Sul (1995). Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora convidada na FURB - Blumenau. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Grupo de Pesquisa: Direito, decolonialidade e estudos subalternos- FMP-RS. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG sobre Direito constitucional, violência e crise migratória. Advogada do escritório de Advocacia Luciane Dias Sociedade de Advogados - Pelotas/RS.



# REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO PARA O ESTABELECIMENTO DE NORMAS PROCEDIMENTAIS PERTINENTES ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM ÂMBITO DOS ESTADOS MEMBROS

## CONSIDERATIONS ON THE BOUNDARIES TO THE POWER DERIVED CONSTITUENT TO ESTABLISH PROCEDURAL REGULATIONS APPLICABLE TO THE PROVISIONAL MEASURES IN THE CONTEXT OF THE MEMBER STATES

Alice Rocha da Silva  
rochaalice@yahoo.com.br

Sinvaldo Conceição Neves  
rochaalice@yahoo.com.br

Autores convidados  
Recebido: 24-7-2019  
Aprovado: 24-7-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A medida provisória na dogmática constitucional brasileira. 3 O uso da medida provisória pelos estados membros e os limites ao poder constituinte derivado. 4 Considerações finais. 5 Referências.

### **RESUMO:**

No modelo federativo, os estados membros são dotados de poder político que, dentre outras coisas, possibilitam às unidades federativas terem seu próprio arcabouço de normas jurídicas. Dentre as espécies normativas passíveis de serem editadas na esfera estadual, inclui-se a medida provisória, condicionada à previsão expressa na respectiva Constituição. Assim, surge a celeuma

### **ABSTRACT:**

In the federative model, the member states are endowed with political power that, among other things, allows the federative units to have their own set of legal criteria. Among the normative species that can be edited in the state sphere, the provisional measure is accounted for, conditioned to the prediction expressed in the respective Constitution. Thus, there is a fuss on the

quanto aos reais limites de seu poder de auto-organização ao fixar normas pertinentes ao processo legislativo aplicáveis a essa espécie normativa. Os estados membros, pautados por sua autonomia, podem criar paradigmas legislativos pertinentes ao uso da medida provisória dentro de seu território, entretanto, ao fazê-lo, deve se nortear pelos parâmetros previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

real limits of its power of self-organization in setting norms apropos to the legislative process applicable to this normative nature. The member states, based on their autonomy, may create legislative paradigms pertinent to the use of the provisional measure within their territory; however, in doing so it must be guided by the guidelines set forth in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

**Palavras-Chave:**

Autonomia. Federalismo. Medida Provisória. Processo Legislativo.

**Keywords:**

Autonomy. Federalism. Provisional Measure. Legislative process.

## 1. INTRODUÇÃO

No estudo da história constitucional brasileira, verifica-se que, tão logo o País se tornou uma nação soberana, adotou-se o modelo de Estado unitário, que se caracteriza principalmente pela centralização do poder político, ficando as províncias apenas com o papel de mera divisão administrativa/territorial.

Com a proclamação da República, novos ares tomaram conta do Estado brasileiro, provocando profundas alterações políticas, momento em que se passou a adotar uma nova divisão descentralizada do poder político entre o órgão central e os órgãos regionais, a qual se perpetuou ao longo dos anos nas cartas constitucionais.

Atualmente, a federação brasileira possui uma característica distinta em relação aos outros Estados que se valem da mesma forma, pois é formada pelo pacto indissolúvel da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos capazes de agir politicamente dentro da sua esfera de atuação.

A federação, de origem americana, possibilita que as unidades federadas tenham autonomia, ou seja, possuem liberdade para se auto-organizarem, podendo, inclusive, editar suas próprias normas, desde que respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Nessa perspectiva, a Carta Magna desempenha um papel crucial, pois deve delimitar os campos de atuação das unidades federadas de modo a garantir a harmonia e o equilíbrio do pacto federativo.

Hodiernamente, é sabido que os estados membros podem editar medidas provisórias em caso de urgência e relevância, em moldes semelhantes ao que existe na esfera federal, bem como estabelecer normas pertinentes ao seu processo legislativo para sua eventual conversão em lei.

Analisando as legislações estaduais pertinentes ao tema, verifica-se que o assunto possui diferentes tratativas, o que faz surgir os questionamentos quanto aos limites da autonomia dos estados membros no uso da medida provisória.

No presente trabalho, pretende-se debater o alcance da autonomia estadual na regulamentação do procedimento pertinente às medidas provisórias, seja na seara material ou procedimental. Para tanto, objetiva-se revisitar as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal avaliando os argumentos apresentados por seus membros por ocasião do julgamento das respectivas ações alusivas ao tema.

## 2. A MEDIDA PROVISÓRIA NA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

De cunho parlamentarista, a Medida Provisória consiste em um ato político com conteúdo normativo proveniente do Poder Executivo, com força de lei, para viger nos casos de relevância e urgência, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma única vez por igual período.

Após o início da produção de seus efeitos jurídicos, é obrigatória a sua submissão imediata ao Congresso Nacional, que fará o controle político do ato e também a análise do juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais, podendo rejeitar ou convertê-la em lei ordinária.

José Afonso da Silva (2006, p. 524) critica a inclusão das medidas provisórias dentro do rol estabelecido no art. 59 da CF, pois sua formação não se dá por meio do processo legislativo, sendo atos editados pelo Presidente da República. Segundo o autor, na redação final da Constituição Federal, as MP's não constavam no mencionado artigo, mas "um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado" resolveu introduzi-las sem observar a sua pertinência ao tema.

Reconhecidamente uma medida de exceção constitucional – dentre as quais estão a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio –, a medida provisória implica ressalva ao direito fundamental à legalidade insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

É imperioso reconhecer que a legalidade é uma premissa surgida do Estado Democrático de Direito, pois esse exige a legitimação popular para se criarem obrigações ou vedações à conduta da sociedade.

A legalidade busca exprimir basicamente a observância das leis, pois todo o poder estatal e a sociedade em geral devem atuar em conformidade com as regras jurídicas vigentes que, por sua vez, estão em consonância com o direito estabelecido. Ou seja, a autoridade investida legitimamente do poder deve agir pautada nas bases traçadas pela Constituição, cuja finalidade é estabelecer as bases sobre as quais assenta o exercício do poder estatal, bem como na legalidade, que é, em síntese, o processo de desembaraçar dos preceitos jurídicos fundamentais (BONAVIDES, 2008).

No magistério de José Afonso da Silva,

O *princípio da legalidade* é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pelo busca de igualização das condições das socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida

como expressão da vontade geral que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei (SILVA, 2006, p. 420).

Quando o referido art. 5º, II, da CF coloca a “Lei” como instrumento normativo base do ordenamento jurídico. Pensa-se que o texto constitucional mencionava lei formal, ou seja, aquela espécie normativa que passou ou foi chancelada pelo processo legislativo.

Nem todos os atos que possuam conteúdo normativo não são essencialmente atos de legislação, *stricto sensu*, ou seja, foi um ato emanado do órgão que possui competência para emitir preceitos jurídicos com força de lei. Assim, é possível distinguir as normas materiais e as formais. São normas em sentido material os atos normativos de caráter geral, abstratos e obrigatórios com a finalidade de ordenadores da vida coletiva, não importando quem as produza. Por outro lado, as leis formais são atos jurídicos gerais e abstratos votados pelo Congresso (SILVA, 2017).

O processo legislativo é o instrumento constitucional necessário para se reconhecer a origem popular de uma norma, pois, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, o povo é o único e autêntico legitimado para o Poder, podendo exercê-lo diretamente ou por meio de seus delegatários.

A escolha democrática dos representantes populares para compor as casas legislativas por meio do sufrágio universal consiste no processo de outorga de poder para os parlamentares que, em tese, devem agir no interesse do povo.

Assim, a legitimação de norma se dá, ainda que de forma indireta, pela participação popular, ou seja, somente o povo tem a capacidade de dizer o que fazer ou deixar de fazer em nome do interesse coletivo.

Desta feita, o uso das medidas provisórias no âmbito do regime jurídico democrático é uma afronta, a princípio, ao Estado Democrático de Direito, entretanto, no que pese essa conclusão, o referido ato normativo excepcional é tolerado por ser utilizado apenas, em tese, em situações de urgência e relevância. Ademais, o Chefe do Poder Executivo, responsável por sua edição, também recebe delegação do poder popular.

Não se pode olvidar que o povo é testemunha do uso indiscriminado da medida provisória, ainda que ao arripio do texto constitucional, pelos diferentes gestores brasileiros. Corriqueiramente utilizado pelos governantes por ser um excelente instrumento normativo por ter vigência imediata, independe de aprovação ou autorização prévia do Poder Legislativo e funciona como projeto de lei ordinária, além de possuir tramitação preferencial nas casas legislativas. Braga assevera que,

Não obstante a famigerada memória do decreto-lei, o constituinte reconheceu a necessidade de provimentos emergenciais normativos, incluindo na Constituição Federal de 1988 a possibilidade de edição de medidas emergenciais pelo executivo em casos de urgência e relevância – as medidas provisórias, consubstanciadas no art. 62 da Constituição Federal de 1988.

É certo que as normas jurídicas nos tempos atuais precisam fornecer respostas ágeis às demandas nascidas no bojo de uma organização social complexa e repleta de con-

trastes. O mundo vem sofrendo ingentes mudanças e experimenta-se um contexto no qual a economia assume posições preponderantes, em que os mercados de âmbito global são uma realidade inafastável.

Vive-se sob a égide da urgência, da imediatez, da necessidade de soluções prontas, efetivas e disponíveis. Novas exigências, novos contextos, novos desdobramentos, novos institutos, novas instituições ou, pelo menos, nova conformação às instituições antigas. As respostas oferecidas pelos Estados dentro de seus arcabouços institucionais passaram a sofrer os influxos dessas mudanças. A lei, manifestação clássica da gestão estatal da vida em sociedade, experimenta remodelações profundas, abandonando suas raízes de ímpetos liberalistas e adotando um viés construtivo de ação, destinado à solução de problemas contextuais específicos (BRAGA, 2009).

A utilização exagerada das medidas provisórias ao arrepio dos cânones constitucionais pode ser observada pelos números estatísticos – analisando as gestões dos governantes, chegou-se a ter uma média superior a cinco medidas provisórias editadas em um único mês – e pela dissonância total com o pressuposto constitucional de urgência e relevância, além da gigantesca repercussão sobre as finanças públicas (SZKLAROWSKY, 2003).

No que pese ser atribuição privativa do Presidente da República o juízo de valor quanto à definição da relevância e urgência, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que é possível fazer o controle de constitucionalidade de forma excepcional apenas quando inexistir evidentemente tais pressupostos, conforme Medida Cautelar a seguir:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º; 5º, CAPUT E II; 22, I; 24, XI; 37; 62, CAPUT E § 1º, I, B; 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. 1. A medida provisória impugnada foi editada antes da publicação da Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001, circunstância que afasta a vedação prevista no art. 62, § 1º, I, b, da Constituição, conforme ressalva expressa contida no art. 2º da própria EC 32/2001. 2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares

de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. 3. Diversamente do que sucede com outros Tribunais, o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho não tem sua competência detalhadamente fixada pela norma constitucional. A definição dos respectivos contornos e dimensão é remetida à lei, na forma do art. 111, § 3º, da Constituição Federal. As normas em questão, portanto, não alteram a competência constitucionalmente fixada para o Tribunal Superior do Trabalho. 4. Da mesma forma, parece não incidir, nesse exame inicial, a vedação imposta pelo art. 246 da Constituição, pois, as alterações introduzidas no art. 111 da Carta Magna pela EC 24/99 trataram, única e exclusivamente, sobre o tema da representação classista na Justiça do Trabalho. 5. A introdução, no art. 6º da Lei nº 9.469/97, de dispositivo que afasta, no caso de transação ou acordo, a possibilidade do pagamento dos honorários devidos ao advogado da parte contrária, ainda que fruto de condenação transitada em julgado, choca-se, aparentemente, com a garantia insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição, por desconsiderar a coisa julgada, além de afrontar a garantia de isonomia da parte obrigada a negociar despidida de uma parcela significativa de seu poder de barganha, correspondente à verba honorária. 6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido (STF - ADI: 2527 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 16/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00020 EMENT VOL-02300-01 PP-00107 RTJ VOL-00205-01 PP-00044).

A possibilidade de controle judicial do pressuposto constitucional, ainda que excepcional, busca impedir o abuso ou excesso de poder de governante em detrimento dos postulados constitucionais, como se pode verificar no voto do Min. Celso de Mello na ADI 2213-MC:

(...) POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.

- A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, 'caput').

- Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

- A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais (...) (RTJ 190/139-143, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Ainda é prudente lembrar que, em razão do uso desenfreado das medidas provisórias pelo Poder Executivo, houve relevante modificação no texto constitucional que se deu por meio da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterando a dogmática constitucional alusiva a essa espécie normativa. Dentre as inovações introduzidas na época, houve a mudança do prazo de vigência, além de vedação da reedição reiterada da medida provisória, vedação de seu uso em determinadas matérias, dentre outras.

### **3. O USO DA MEDIDA PROVISÓRIA PELOS ESTADOS MEMBROS E OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO**

É sabido que os estados membros possuem liberdade para editar medida provisória, respeitadas suas competências e desde que haja previsão expressa na respectiva constituição estadual. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, em razão da simetria constitucional, é faculdade dessas unidades federadas adotá-la, nos mesmos moldes utilizados pela União, conforme se pode extrair da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425 TO de Relatoria do Min. Maurício Correa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA EDITÁ-LA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. INICIATIVA. DOAÇÃO DE BENS DO ESTADO. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS. EFICÁCIA LEGAL LIMITADA NO TEMPO. PREJUDICIALIDADE. 1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal. 3. Lei 219/90. Reajuste de remuneração dos cargos de confiança exercidos por servidores do Estado. Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Legitimidade. Inexistência de afronta



ao princípio da moralidade. Pedido improcedente. 4. Lei 220/90. Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal. Improcedência. 5. Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente. 6. Lei 218/90. Elevação do percentual da arrecadação do ICMS a ser repassado aos Municípios por repartição das receitas tributárias, no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995. Suspensão cautelar. Regra cuja eficácia exauriu-se pelo decurso do tempo de sua vigência. Pedido prejudicado por perda superveniente do objeto. Ação direta julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 215/90. (STF - ADI: 425 TO, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 04/09/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-12-2003 PP-00019 EMENT VOL-02137-01 PP-00014)

O art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil assegura à União, aos 26 (vinte e seis) estados, ao Distrito Federal e aos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios autonomia, que implica liberalidade do ente federativo de realizar atividades na seara legislativa, administrativa, tributária, orçamentária e política.

Acrescenta-se ainda que, nos termos do art. 25 da Constituição Federal, os estados organizam-se e são regidos pelas leis e constituição que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na lei maior.

No tocante à autonomia legislativa, o texto constitucional, por meio dos artigos 22, 23, 24 e 30, inciso I, estabelece uma série de parâmetros para a fixação das competências legislativas dentro da estrutura federativa.

Cada estado membro pode editar suas próprias normas, observadas as matérias que lhe foram atribuídas pela Carta Constitucional, inclusive podendo se valer da medida provisória no exercício dessa atividade normativa.

Em sendo possível o uso das medidas provisórias na esfera estadual, de forma lógica, reconhece-se também a prerrogativa dos estados membros de estabelecerem normas constitucionais pertinentes ao seu processo legislativo.

No âmbito do estado do Tocantins, a Emenda Constitucional nº 36, de 31 de maio de 2017, passou a adotar o seguinte texto pertinente à medida provisória:

Art. 27 [...]§3º. Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa.

§4º. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

§5º. O prazo a que se refere o §3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso da Assembleia Legislativa.



§6º. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§7º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§8º. Não editado o decreto legislativo a que se refere o §3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§9º. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

A modificação recente na Constituição Tocantinense adequou o texto nos mesmos moldes da Constituição Federal, entretanto, durante mais de quatorze anos, a referida medida provisória possuía normas procedimentais bem diferentes:

Art.27 [...]§ 3º. Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

§ 4º. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Percebe-se que, na sistemática derogada, a medida provisória possuía normas procedimentais semelhantes ao antigo texto da Constituição Federal. Destaca-se aqui que o prazo de vigência era de 30 (trinta) dias, não havendo menção quanto à possibilidade de prorrogação.

No estado de Santa Catarina, após a edição da Emenda Constitucional nº 49, de 17 de julho de 2009, passou-se a ter sistemática semelhante ao previsto na esfera federal:

Art. 51— Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa.

§ 1º — As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 7º e 8º, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 6º, uma vez por igual período, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 2º — É vedada a edição de medida provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada.

§ 3º — É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória não deliberada ou rejeitada pela Assembleia Legislativa.

§ 4º — O prazo a que se refere o § 1º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso da Assembleia Legislativa.

§ 5º — Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Assembleia Legislativa.

§ 6º — Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada na Assembleia Legislativa.

§ 7º — Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 1º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 8º — Aprovado o projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Situação semelhante ocorre no estado do Maranhão:

Art. 42 [...]§ 1º Em caso de relevância e urgência o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa, que estando em recesso, será convocada extraordinariamente no prazo de cinco dias.

§ 2º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; b) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o disposto no art. 138, § 3º; II - reservada a lei complementar; III - já disciplinada em projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa e pendente de sanção ou veto do Governador do Estado.

§ 3º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 4º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 8º, uma vez por igual período, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 5º O prazo a que se refere o § 4º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso da Assembleia Legislativa.

§ 6º A deliberação da Assembleia Legislativa sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 7º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas que estiverem tramitando.

§ 8º Porrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada na Assembleia Legislativa.

§ 9º Caberá a uma Comissão Especial da Assembleia examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas em definitivo pela Assembleia Legislativa.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 4º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Por outro lado, no estado da Paraíba, o texto constitucional se assemelha ao que era estabelecido antes da EC nº 32/2001:

Art. 63 [...] § 3º Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. § 4º As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Com a mesma sistemática, no estado do Acre, as medidas provisórias possuem vigência pelo prazo de 30 (trinta) dias, sem possibilidade de prorrogação:

Art. 79. Em caso de relevância e urgência, o governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembleia Legislativa, que, se estiver em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

§ 1º As medidas provisórias perderão a eficácia desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembleia Legislativa disciplinar, obrigatoriamente, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 2º As medidas provisórias não apreciadas pela Assembleia Legislativa nem convertidas em lei não podem ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

No âmbito da Constituição do estado do Piauí, o texto Constitucional possibilita o uso da medida provisória naquela unidade federativa em casos de “calamidade pública” para vigor pelo mesmo prazo:

Art. 75 [...] § 4º Em caso de calamidade pública, o Governador poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las, imediatamente, à Assembleia Legislativa, que, se estiver de (em) recesso, será convocada, extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dias.

§ 5º As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição caso não se transformem em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua promulgação.

Da leitura dos dispositivos previstos nas Constituições dos estados do Tocantins, Maranhão, Paraíba, Piauí, Paraíba e Santa Catarina, que são as unidades federadas que atualmente se utilizam dessa espécie normativa, verifica-se que a sistemática procedimental adotada não é idêntica, possuindo apenas algumas semelhanças, surgindo, assim, a celeuma quanto aos limites do poder constituinte derivado decorrente de estabelecer as normas procedimentais pertinentes a essa espécie normativa.

Preliminarmente, é prudente lembrar que o uso da medida provisória pelos estados é uma mera liberalidade de cada ente federativo, razão pela qual, dentre todos os 26 (vinte e seis), apenas os mencionados anteriormente fazem uso desse tipo normativo.

Os estados membros, dentro da federação, possuem relativa liberdade para se organizarem devendo, em alguns casos, repetir obrigatoriamente o paradigma utilizado pela União e, em outros, têm liberdade para utilizar o modelo federal.

O complexo normativo que é a federação brasileira permite a transposição, repetição ou remissão de normas, observando-se a primazia da Constituição Federal. As normas de reprodução ou repetição obrigatória independem de transcrição expressa nas normas estaduais por imposição do princípio da simetria, por exemplo, legalidade moralidade e isonomia. As normas de imitação traduzem a autonomia normativa dos estados, que podem reproduzir e transpor para a constituição estadual preceitos previstos na Constituição Federal. Já as normas de remissão são enunciados constitucionais incompletos passíveis de regulamentação com base na autonomia dos estados (MODESTO, 2014).

Assim, as normas procedimentais alusivas à medida provisória se caracterizam como preceitos constitucionais de imitação, ou seja, a sua utilização pelos estados consiste em uma decisão discricionária que leva em consideração suas peculiaridades regionais.

Superada a escolha da medida provisória como espécie normativa componente do processo legislativo estadual, passa-se a enfrentar o questionamento quanto aos limites do poder constituinte decorrente para estabelecer as regras procedimentais alusivas ao aludido tipo de norma.

Da exegese dos textos constitucionais dos estados que atualmente se utilizam da medida provisória no contexto de seus processos legislativos, destaca-se uma diversidade de normatização procedimental.

Assim, poderiam os estados, respaldados em sua liberdade, inovarem na regulamentação das medidas provisórias estaduais criando, por exemplo, pressupostos distintos para sua criação, edição de medidas provisórias em matérias vedadas, prazo de vigência maior ou menor, possibilidade de reedição ilimitada ou na mesma sessão legislativa que tenha sido rejeitada ou tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo, ou regras de tramitação no Poder Legislativo distintas do que está previsto na Constituição Federal?

Cada estado membro é dotado de poder de elaborar sua própria constituição determinando sua estrutura organizacional, pois isso faz parte do contexto do federalismo assimétrico brasileiro e da descentralização objetiva prevista na constituição, que almeja a

cooperação entre os entes federativos em detrimento de uma estrutura hierárquica, entretanto esse poder está limitado pelas normas constitucionais (DRUMMOND, 2015).

Inicialmente, destaca-se que, por se tratar de um instrumento constitucional de exceção, não é permitido aos estados estabelecer pressupostos para edição da medida provisória além da “relevância e urgência” estabelecidas pela CF, conforme se pode verificar na fala do Min. Maurício Correa por ocasião do julgamento da ADI 425:

Impede assinalar que são de observância compulsória os dois requisitos – relevância e urgência – impostos à União pelo Artigo 6 da Constituição Federal. A respeito do processo legislativo ante que esta Corte vem decidindo quanto à obrigatoriedade de os Estados-membros observarem as linhas básicas do modelo federal (ADIs 216 – PB, Redator p/ o acórdão Celso de Mello, RTJ 146/388; 822 – RS, Pertence, RTJ 150/482, 1181-2-TO, de que fui relator, DJ 18/06/97). Essa vinculação deve ser seguida, inclusive, em relação às modificações introduzidas pela EC 32/01, condição de validade do dispositivo estadual desde então.

Verificando as constituições dos estados que utilizam medida provisória, todas reproduzem a relevância e urgência como pressuposto para sua edição, ressalvado o caso do estado do Piauí, que prevê a edição em caso de “calamidade pública”, o que, a princípio, se configuraria em uma situação relevante e urgente.

Por uma opção do legislador piauiense, houve uma restrição ao uso das medidas provisórias, ou seja, não são todas as situações urgentes e relevantes capazes de justificar sua adoção. Ademais houve o acréscimo de um requisito formal prévio para a edição desse tipo normativo, que é a decretação do estado de calamidade pública pelo Governador do Estado.

No tocante à vedação material para o uso da medida provisória expressa no § 1º do art. 62 da Constituição Federal, ressalta-se que a maioria dos incisos traz assuntos de competência privativa da União. Entretanto alguns assuntos podem ser afetos aos estados membros, como, por exemplo, a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público estadual, bem como a carreira e a garantia de seus membros.

Novamente fazendo uma leitura das cartas constitucionais estaduais citadas anteriormente, apenas o estado do Maranhão repete expressamente as vedações da Carta Magna. Porém, para os demais casos, ainda que não previstos, devem ser respeitadas pelos entes federativos, conforme se pode extrair do voto de Min. Carmem Lúcia no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.391-8/SC:

Mantivesse o mesmo texto originário a Constituição da República, a permitir a persistência da polêmica travada em sede doutrinária e mesmo jurisprudencial, e não veria porque discordar destes entendimentos, que me parecem muito bem expostos por grandes constitucionalistas brasileiros no sentido da inadaptação da medida provisória no sistema estadual.

Todavia, ao expor o seu Voto, a nobre Ministra Relatora atentou à regra proibitiva do cuidado da matéria prevista no art. 25, § 2º, da Constituição da República por meio de medida provisória. O dispositivo, a curar tema sujeito ao cuidado estadual como é a exploração de gás canalizado, é expressa ao realçar ser “vedada a edição de medida provisória para a (sua) regulamentação.

A regra assim posta constitucionalmente adveio pela Emenda Constitucional n. 5, de 1995. A referência explícita a uma proibição de uso da medida provisória pelo Estado membro para regulamentar o tema ali tratado deixa indubitável então que: *a)* para outros temas poderia \_ e pode \_ ser considerada a adoção da providência normativa; *b)* a competência está, expressamente, reconhecida ao Estado-membro porque não se proibiria de fazer, em caso específico, o que fosse vedado fosse em geral.

A regra que determina o norte a ser seguido na interpretação da matéria sobreveio, juntamente com outras três (Emendas Constitucionais 6,7 e 8), na mesma data (15 de agosto de 1995) e em todas se verifica idêntico dispositivo e a inclusão do art. 246 no texto constitucional (art. 2º da Emenda n. 7).

Por isso, poder-se-ia pesquisar as razões que levaram à positivação da norma contida na parte final do § 2º do art. 25 da Constituição da República. Nada disso modifica, entretanto, o que ali se põe e as conseqüências do quanto ali se põe: há o reconhecimento constitucional de que Estados-membros da Federação podem adotar medida provisória, a qual, entretanto, é instrumento ilegítimo apenas para o que for excluído do rol de matérias sujeitas ao tratamento normativo por meio deste instituto.

Por força do quanto estatuído naquela regra constitucional há de se extrair, pois, o reconhecimento da possibilidade jurídica de se adotar, no Estado membro da Federação, o instrumento da medida provisória.

Pelas razões assim arroladas e mais aquelas expostas pela eminente Relatora, acompanho o voto por ela proferido e voto no sentido de ter como constitucionalmente válida a norma constante do art. 51 da Constituição do Estado de Santa Catarina, e, como é certo e necessário, im procedente a presente ação.

É como voto.

Acrescenta-se o disposto no art. 25, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, que prevê:

Art. 25. [...] § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Assim, os estados podem editar medidas provisórias, dentro de sua competência legislativa, sobre qualquer assunto, em caso de urgência e relevância, a critério político do governador de Estado, desde que não viole as vedações constitucionais.

Após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, a vigência da medida provisória passou a ser de sessenta dias, contada de sua publicação, prorrogável uma vez por igual período, e não trinta dias, como previsto no texto original da Constituição Federal. Ocorre que somente as Constituições dos estados do Tocantins, de Santa Catarina e do Maranhão preveem suas medidas provisórias com prazo de 60 (sessenta) dias prorrogável por igual período, nos mesmos moldes da CF/88. Já as Constituições dos estados do Piauí, da Paraíba

e do Acre mantêm o prazo de 30 (trinta) dias sem fazer menção expressa à possibilidade de prorrogação.

Partindo da premissa de que os estados possuem liberdade para atuar, dentro de sua competência, limitados ao previsto constitucionalmente, o prazo de vigência previsto na esfera federal serve de “teto” para a autonomia estadual. Pode o estado membro fixar um prazo de vigência distinto, desde que não ultrapasse ao parâmetro federal. O mesmo se aplica à possibilidade de previsão da prorrogação do prazo de vigência. Dessa forma, pode a unidade federada dispor de forma diversa ao estabelecido na CF, desde que não ultrapasse o prazo de vigência de 60 (sessenta) dias prorrogável.

Assim, não há de se falar em inconstitucionalidade formal na edição de medida provisória com um prazo de vigência diverso do que está estabelecido na CF, desde que não ultrapasse o limite temporal previsto na esfera da União.

Ainda resta analisar a possibilidade de se estabelecerem regras procedimentais diversas ao que está previsto no art. 62 da CF.

Reconhecida a liberdade do ente federativo para adotar a medida provisória, também se permite que cada um adote um processo legislativo, observadas suas peculiaridades regionais, conforme se pode extrair do voto do Min. Maurício Correa proferido na ADI 425:

Sem consistência, portanto, a tese que nega aos Estados a faculdade de editar medida provisória por ser obrigatória a interpretação restritiva do modelo federal, e por constituir exceção ao princípio da tripartição dos Poderes. É que o § 1º do artigo 25 da Carta Federal reservou aos Estados ‘as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição’. Quis o constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhes seja vedado.

No que pese a liberdade do ente federativo de estabelecer a ritualística inerente à medida provisória segundo a sua conveniência política, a obrigatoriedade de submissão do ato normativo ao crivo do Poder Legislativo deve ser mantida. Essa compulsoriedade decorre da clássica separação dos poderes. É papel do Poder Legislativo, além da edição das normas jurídicas formais, gerais e abstratas, o controle das atividades políticas do Poder Executivo.

Na federação assimétrica brasileira, o reconhecimento da capacidade de auto-organização pelos estados membros é uma conclusão lógica, entretanto é necessário lançar luz sobre quais os reais limites de sua atuação, sobretudo na seara legislativa.

No tocante à edição de medidas provisórias, conforme se pode extrair da leitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Estados possuem liberdade para adotá-la em seu complexo normativo, além de poder estabelecer as regras procedimentais para essa espécie normativa, entretanto essa liberalidade está limitada pela norma constitucional.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de Estado federal foi adotado com a Constituição Republicana de 1891, entretanto, no que pese ser um instituto político brasileiro de mais de um século, ainda nos dias atuais existem dúvidas sobre suas características, sobretudo no tocante à divisão de competências entre os entes federados.



Não são raras as demandas apresentadas ao Poder Judiciário cujo objeto envolve a contenda sobre os limites da atuação legislativa e, conseqüentemente, a discussão do próprio pacto federativo.

Em verdade, o próprio pacto federativo não é uma regra fundamental imutável, pois a Constituição Federal, ao estabelecê-lo, primou por trazer apenas parâmetros a serem seguidos, permitindo, assim, o constante debate sobre o assunto.

Como exemplo disso, após a promulgação de Carta Magna brasileira, surgiu a primeira celeuma sobre a possibilidade de os estados membros e municípios poderem ostentar junto ao seu complexo de normas regionais ou locais a medida provisória. Essa matéria foi debatida pela Corte Suprema, que concluiu pela viabilidade do uso dessa espécie normativa na seara estadual.

Assim, pautado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no raciocínio jurídico desenvolvido por seus membros, é possível afirmar que o uso da medida provisória na esfera estadual consiste em uma mera liberalidade, razão pela qual o número de unidades federais que se utilizam dela é um número relativamente pequeno.

Ainda é possível concluir que, após ser incorporada a MP no processo legislativo, o estado membro possui uma relativa liberdade para estabelecer normas procedimentais. O texto constitucional funciona como limitador da autonomia dos estados, assim, o legislador estadual pode agir de forma livre, desde que não contrarie os princípios fundamentais constitucionalmente previstos.

## 5. REFERÊNCIAS

ACRE. **Constituição do Estado do Acre**. Disponível em: [http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o\\_atualizada.pdf](http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf). Acesso em: 14 abr. 2018.

BONVIDES, Paulo. **Ciência política**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Edição de medidas provisórias e o direito ao devido processo legislativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 106, dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64397>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 32, 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm). Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2527**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 425**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266350>. Acesso em: 14 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.391-8**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409746>. Acesso em: 15 abr. 2018.



- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.213 MC**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- DRUMMOND, Marcílio Henrique Guedes. O princípio da simetria no federalismo assimétrico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 16, n. 58, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239091>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- MARANHÃO. **Constituição do Estado do Maranhão**. Disponível em: [http://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O\\_atualizada\\_at%C3%A9\\_emenda69.pdf](http://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O_atualizada_at%C3%A9_emenda69.pdf). Acesso em: 14 abr. 2018.
- MODESTO, Paulo. As normas de reprodução, imitação e remissão como parâmetro de controle de constitucionalidade nos Estados-membros da Federação e o papel das leis orgânicas municipais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=182314>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- PARAÍBA. **Constituição do Estado da Paraíba**. Disponível em: <http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2013/09/constituicaoestadualpb.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- PIAUI. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Disponível em: [http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CEC\\_16\\_11\\_2009.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CEC_16_11_2009.pdf). Acesso em: 14 abr. 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Processo constitucional de formação das leis**. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2017.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Medidas Provisórias - instrumento de Governabilidade. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=3823>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- TOCANTINS. **Constituição do Estado do Tocantins**. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70431/CE\\_Tocantins.pdf?sequence=11](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70431/CE_Tocantins.pdf?sequence=11). Acesso em: 14 abr. 2018.

### Alice Rocha da Silva

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

Email: rochaalice@yahoo.com.br

**Sivaldo Conceição Neves**

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Especialista em Direito Tributário, Constitucional e do Consumidor pela Universidade do Tocantins – UNITINS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Albert Einstein. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Mestre em direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Assessor Jurídico do Governo do Estado do Tocantins e Professor Assistente no Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

# POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

## SUICIDE IN CONTEMPORANEITY:

COULD PUBLIC POLICIES REDUCE THE SUICIDE RATES IN BRAZIL?

## O SUICÍDIO NA CONTEMPORANEIDADE:

PODERIAM AS POLÍTICAS PÚBLICAS REDUZIR AS TAXAS DE SUICÍDIO NO BRASIL?

Janaína Machado Sturza  
janasturza@hotmail.com

Rodrigo Tonel  
tonelr@yahoo.com

Recebido: 3-12-2018

Aprovado: 6-5-2019

**SUMMARY:** 1 Introduction. 2 Durkheim's perspective over the suicide issue. 2.1 Is it wrong to commit suicide? 3 Suicide in contemporaneity: a health issue. 3.1 The phenomenon of overwork in Japan and its relationship with suicide. 4 Public policies for suicide prevention. 5 Final considerations. 6 References.

### **ABSTRACT:**

This research seeks to make a theoretical approach regarding the phenomenon of suicide and the increase of its occurrence in Brazil. Notwithstanding, the problem is based on the following questions: Why are suicides rates growing in the world? What political and legal measures should be proposed in a try to prevent the occurrence of this phenomenon? Are public policies the most effective means of reducing suicides? Thus, the goal of this investigation is to analyze the multicausal and multifactorial aspects of the suicide phenomenon.

### **Keywords:**

Death. Right to health. Public Policy.

### **RESUMO:**

Esta pesquisa busca fazer uma abordagem teórica sobre o fenômeno do suicídio e o aumento de sua ocorrência no Brasil. Não obstante, o problema desta pesquisa baseia-se nas seguintes questões: Por que as taxas de suicídios estão crescendo no mundo? Quais medidas políticas e legais devem ser propostas para tentar evitar a ocorrência desse fenômeno? Seriam as políticas públicas os meios mais eficazes para reduzir os suicídios? Assim, o objetivo desta investigação é analisar os aspectos multicausais e multifatoriais do fenômeno do suicídio.

### **Palavras-chave:**

Morte. Direito à Saúde. Política Pública.

## 1. INTRODUCTION

The present research seeks to make a theoretical approach to the phenomenon of suicide and the increasing of its occurrence in our contemporary society. Throughout history, the phenomenon of suicide has always been present in every civilization. In some civilizations this phenomenon was more intense, and in others more tenuous. However, due to the current frenzy of our contemporary society it's been verified is a myriad of problems - and here we emphasize for the appearance of new mental diseases - which, consequently, have the potential to disseminate the phenomenon of suicide.

Notwithstanding, the problem of this research is based on the following questions: Why are suicides rates growing in the world? What are the challenges to be faced and what political and legal measures and instruments should be proposed in a try to prevent the occurrence of this phenomenon? Are public policies the most effective means of reducing suicides?

It is important to notice that some measures have already been implemented but they remain inefficient, since the occurrence of suicides grows more and more instead of decreasing. In this way, the possibility of implementing public policies that answer to different social and geographical contexts is discussed. The adoption of such measures would hopefully intensify the prevention of suicide as well as reducing the occurrence of this phenomenon. Through this research it will be possible to observe whether the implementation of public policies for suicide prevention will effectively lead to fruitful outcomes.

The occurrence of suicide has been growing overwhelmingly around the world. Therefore, the proposed theme is justified by the expressive and worrying number of suicides, whether in the local, regional, national or international context, it has generated one of the current public health issues.

The legal contribution given by the subject is quite significant. The right to health - here, we emphasize for mental health - is the right of every citizen and a duty of the State. With the great number of deaths, we may realize that the State has its difficulties to guarantee the right to health and a dignified life.

Moreover, if we search for books, articles, newspapers and texts, or if we go on the Internet and filter the research in all sorts of languages, we are not going to find many approaches relating to the phenomenon of suicide through the legal perspective. In this sense, the development of this approach is a considerable challenge in the area of Law. Every time we try to investigate the relation between the phenomenon of suicide and the legal bias, the great majority of reflections are commonly related to issues of Euthanasia, Ortho-euthanasia and Voluntary or Assisted Suicide. Therefore, there is no deep analysis regarding Suicide - the current public health issue - with the Law. What we frequently find are analyzes made by psychology, psychiatry, and sociology about suicide. Wherefore, because of the profound impact that this phenomenon has caused throughout the world, it is time to start discussing this issue equally in the legal sphere.

The urgency for a study involving the suicide issue is also due to the peculiarities and the extent of the dissemination of this phenomenon in our contemporary society, leading to causes and general social conditions. It should be noted that the increase in the number of suicides and suicide attempts occurring worldwide has the potential to negatively affect the economy, the public order, the moral and spiritual basis of our nations. Thus, suicide is a very acute problem of our modern society.

The main goals of this research is to analyze the multicausal and multifactorial aspects of the suicide phenomenon as well as highlighting some important and significant considerations about the need to implement public policies for suicide prevention as well as promoting social awareness over the issue.

The methodology used in this research follows the hypothetical-deductive method and consists mainly from bibliographic analysis through books, dictionaries, newspapers, periodicals, articles, official databases, national and international laws - in different languages - as well as the use and access to all types of materials and instruments available on the Internet.

## **2. DURKHEIM'S PERSPECTIVE OVER THE SUICIDE ISSUE**

Notably, when we discuss the suicide issue, we can't forget to mention the Durkheimian thought over the subject. Most of the variables proposed by the French sociologist Émile Durkheim on the phenomenon of suicide still persist today. According to him, suicide is a social fact. However, some authors disagree with this premise by simply arguing that suicide is a purely personal and private act, and therefore it has nothing to do with social facts. Nevertheless, Durkheim explains that such a seemingly private act can be coated with the minimal features of a social fact. The proposition then is that every individual who commits suicide is sad and considers the abbreviation of existence because life becomes something unbearable. Thus, the variables that determine the option for the abbreviation of existence in the case of acute sadness are social variables. The variable that determines the option for the deliberate abbreviation of existence is the strength or fragility of social bonds. In addition, suicide would be more likely to occur as the more fragile the social bonds of the sad person are (DURKHEIM, 2011).

Clovis de Barros Filho and Arthur Meucci affirm that:

[...] the more solid the social bonds, the less likely is the deliberate abbreviation of existence. That is, the importance we have in the lives of others and the importance that others have in our lives ends up being factors that protect us from ourselves in times of sadness. This means that an inscription poorly consolidated in the social world indicates a higher chance of a bad life. (BARROS FILHO, 2012, n. p)

In this context, Leenaars states that:

suicide is the human act of self-inflicted, self-intentioned death. Suicide is not a disease (though many think otherwise); it is not a biological anomaly (though biological factors may contribute to some suicides); it is not immoral (though it is often treated as such); and most countries do not consider it a crime (though for centuries many did). (LEENAARS, 2003, p. 131)

Therefore, suicide is not the abbreviation of a theoretical existence. In other words, there is nothing to think about suicide in terms of a theoretical abbreviation of life, precisely because there aren't theoretical lives to abbreviate, there are only fleshly and bloodily lives

and it is only possible to abbreviate a concrete existence. Thus, the variables that will determine the option for the abbreviation of existence in the case of acute sadness - in detriment of other life preservation solutions - are social variables.

Durkheim demonstrates that married individuals commit suicide less often than single individuals do. This variable is a variable that runs through the historical line since Durkheim's research and it remains nowadays. It just so happens because, for instance, prior of committing suicide, the mere remembrance of the existence of a spouse seems to be considered a protective factor in life that in turn will force the individual with suicidal thoughts to find other solutions to his anguish. (DURKHEIM, 2011)

A second variable is that the individual who has children commits suicide less than the individual who does not have children and consequently the suicide rates fall when the children are economically dependent. Therefore, when the father is sad and is seriously considering the abbreviation of his life, he automatically remembers the need to be present to support his children and it makes him to stop thinking about suicide and thereafter he tries to find others alternatives to suppress his anguishes. (DURKHEIM, 2011) Therefore, the father gives up the suicide ideation because the love he feels for his children is strongly involved and additionally, he foresees the sadness that will come to them if he does the act, for example.

Durkheim will propose that those individuals who attend at religious ceremonies commit suicide less than the individuals who don't attend. This is due to the fact that religious ceremonies allow the construction of social bonds that give life some sense of existence or meaning. (DURKHEIM, 2011)

By this follow-up, for example, that individual who works in the presence of many colleagues, he tends to commit suicide less than his boss who works alone. (MASSI, 1999). In certain way, that individual with some kind of professional insertion tends to commit suicide less than the one who doesn't have it. And then this last one considers the hypothesis of suicide because he feels like he has no social existence.

Durkheim explains that suicide has nothing to do with poverty because the cause of suicide is not an economic one. Poverty brings sadness, but poverty doesn't determine the deliberate abbreviation of existence. Nevertheless, what really determines the deliberate abbreviation of existence is a particular situation of isolation and loneliness. (DURKHEIM, 2011)

Therefore, we might realize that this reflection over the issue of the deliberated death is a reflection that is increasingly inscribed in a logic of construction of individuals who rejoice and get sad by their social position, from the social encounters they maintain with each other and from the joys and sorrows that they feel because of the victories they win and the defeats they suffer in society.

## 2.1. IS IT WRONG TO COMMIT SUICIDE?

For Geo Stone, about thousands of books try to answer the question why people kill themselves. The answer for him is very simple and it comes down with only three words: "To stop pain!" (STONE, 1999, p. 30)

When we begin to inquire whether or not we have the right to choose the moment of our death, we will enter into a great debate. According to Quinnet, on the one hand, there are those people who claim that no one has the right to die under any circumstances; On the other hand, there are those who believe that we have the right to die and this includes

death by suicide; and there is a third group, which understands that we have the right to die only in exceptional situations, such as through Euthanasia. (QUINNET, 19987)

Historically, in Ancient Greece, people, under certain circumstances, could commit suicide in legal terms. For example, if a man wanted to die, he could go to the Senate and make a request showing why he should be allowed to end his life through suicide. If the argument was good enough, the Senate would then allow him to take poison. (DURKHEIM, 2002)

Under the sociological bias, “[...] it has been said sometimes that if suicide is and deserves to be forbidden, it is because, in killing himself, a man escapes his obligations to society. [...] under the regime of the city, the individual no longer had an existence as clear as in primitive settlements. A social value was already recognized in it, but it was considered that this value belonged entirely to the State [...]” ((DURKHEIM, 2002, p. 341)

Hans Jonas quoted by Gosseries (2015, p. 15) affirms that “[...] the individual right to suicide can be discussed, but the right to humankind’s suicide cannot be.” Therefore, in this sense,

if you accept that all human life has value, and that suicide is a cruel and devastating end, you might conclude that a segment of society whose members are three to six times more likely to kill themselves might deserve some extra attention and resources. Makes sense, right? Of course. (KRILL, 2014, n. p.)

Thus, for most civilized countries, it is not right or acceptable to kill yourself. And if someone tries to do so, but eventually fails and does not achieve the expected desire to die by circumstances beyond his control, the authorities will take the necessary steps to impede and to prevent the individual for trying to do it again.

### **3. SUICIDE IN CONTEMPORANEITY: A HEALTH ISSUE**

According to the World Health Organization, about 800,000 people die from suicide every year. Through mathematical calculations, this would represent the death of one person every 40 seconds. In this follow-up, suicide is globally considered the second largest cause of death in people aged 15-29 years old. Still, for every 1 suicide executed, 20 others are attempted. All these numbers are responsible for leading us to a single conclusion: suicide has become a public health issue. (WHO, 2018)

In addition, suicide rates have increased considerably around the world. In Brazil, for example, suicide rates rose by 12% in recent years, with the most affected population being single, widowed or divorced men. (REDAÇÃO GALILEU, 2017) To this fact, we can recover from the Durkheimian position that single individuals are more prone to suicide than married ones.

In the United States of America, the situation is not different. According to a survey conducted by the Centers for Disease Control and Prevention - Suicide is one of the leading causes of death in the country. Suicide rates have increased in almost all states from 1999 to 2016, with suicide rates rising more than 30 percent in half of the states since 1999.<sup>1</sup> In

---

<sup>1</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **Suicide rising across the US**. Retrieved from: <https://www.cdc.gov/vitalsigns/suicide/>. Access in: Sep. 01, 2018.



addition, about half of those who died by suicide had an unknown mental health. Another study, still in the US, confirms that suicide deaths outweighed vehicle accidents as the leading cause of injury deaths. (PHEND, 2012)

There is a wide range regarding the causes of suicide, however, we could say that the major causes of suicide are related to depression, mental illness, use of narcotic substances, alcoholism, overwork, monotony, excessive sleep, unemployment as well as social, cultural and political aspects.

In this way, suicide “[...] is one of the eternal problems of humanity, characterized by a multidimensionality and a complex interplay of external and internal causes of this behavior.” (FEDOROVSKY, 2015, n. p.) According to the psychiatrist Ruy Palhano, suicide is not considered a disease, but a condition imposed by certain diseases. (PALHANO, 2015) In the same reasoning, Emma Tukhiashvili affirms that “[...] suicide is not considered as a concrete person’s decision, but as a social disease [...]”. (TUKHIASHVILI, 2012, n. p.)

By the same token, Ana Sandra Nóbrega quoted by the Federal Council of Psychology – *Conselho Federal de Psicologia*:

When we discuss the suicide issue, we must remember that **we live in a capitalist society based on the exploitation and deeply marked by oppression, inequality, competitiveness and individualism. We need to ask ourselves where these elements are when we analyze the ideations, the suicidal attempts and the consummate suicide.** (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2017, n. p.)

In addition, there is a significant loosening of social relations, that is, people no longer nurture one another, do not reconcile themselves, there is a general fading of the population by discontentment, by failures, by collective frustrations, and so on. There is a disbelief in the public Power, which brings disasters from the emotional point of view, lost of hope in believing in the country, the people and society as whole.

Let us now examine some of the measures normally enacted by the State to prevent or repress suicide. When, for example, a person committed by a suicidal desire is sent to be hospitalized, psychiatrists often overestimate the danger of suicide, which causes the person to remain hospitalized for longer than is necessary. With this analysis, Stone observes that

the consequences to the psychiatrist, and (perhaps) to the patient, are much more severe if a released patient commits suicide than if the psychiatrist mistakenly hospitalizes someone. And, if the patient kills himself while hospitalized, this can be cited as evidence of the need for the hospitalization, however regrettable the outcome. (STONE, 1999, p. 71-72)

In addition, suicide rates within psychiatric hospitals are five times higher than outside. Some of the anti-drug regimens are simply terrifying for the patient - who definitely becomes a prisoner - and can be imposed because of the fear that the hospital staff have in order to be sued for not taking the due care of the patient if he eventually commits suicide inside the hospital. This is the major argument for keeping people hospitalized unnecessarily. (STONE, 1999)



Yet, “[...] certain hospital stays can also be experienced as depersonalizing and punitive, depending on the unit available and the staff” (JACOBS, 2005. p. 137). In other words, to avoid the stigma of being, for example, called or understood as a madman or crazy.

Meanwhile, certain medications, such as antidepressants, commonly used with the aim to treat a suicidal individual, may even raise the idea of suicide as a side effect. In other words, although doctors prescribe these drugs commonly for treatment of depression, these drugs increase the chances of someone committing suicide. Even so, it is not fully understood how antidepressants act in the human mind, requiring further research on this issue. (KNAPTON, 2016.)

### 3.1. THE PHENOMENON OF OVERWORK IN JAPAN AND ITS RELATIONSHIP WITH SUICIDE

Out of curiosity, we could mention the Japanese legal perspective regarding the confrontation of the phenomenon of suicide. Although Japan has been historically guided by a positive conception of suicide, nowadays, however, the country is concerned with the intensification of the phenomenon.

In Japan, the term *karo jisatsu* - which means overwork suicide -, has become the target of many debates. The term “[...] refers to people who are driven to take their own lives after excessive overwork [...]” (TARGUM; KITANAKA, 2012, n. p)

Yet, there are huge numbers of deaths linked to excessive period of labor in Japan. In accordance to the statistics, “[...] there have been 3 to 5 times more annual suicides in Japan than of people who die in traffic accidents [...]”. The main reason is given because Japan is a Tradition-Based Country and has a differentiated work culture when compared to other countries.

Despite it, an interesting aspect is that Japan has used the legal bias as an attempt to prevent suicide. According to the Japanese Basic Law on Suicide Countermeasures (自殺対策基本法 (平成十八年法律第八十五号) from the year 2006, “[...] suicide countermeasures must be implemented as a society-wide effort based on the fact that suicide should not be merely viewed as a personal problem, but rather involves various **social factors** behind it.” (JAPANESE BASIC LAW ON SUICIDE COUNTERMEASURES (N.º 85 from the year 2006), n. p.)

According to Targum and Kitanaka

[...] some experts working in economically depressed areas of Japan lamented to me that what they really needed to stop people from committing suicide was a few thousand dollars to help them pay off debts rather than a medical consultation or even antidepressants [...].(TARGUM; KITANAKA, 2012, n. p)

Thus, it is possible to realize that suicide prevention is also approached through social and legal biases. In other words, suicide is not a problem of responsibility only within the areas of psychiatry and psychology, it is not reduced to a mere problem of a biological nature, but rather it runs through other spheres which, consequently, makes its prevention to be given broader way.

#### 4. PUBLIC POLICIES FOR SUICIDE PREVENTION

In the Federal Brazilian Constitution of 1988, Article 196 states that: “Health is the right of everyone and the duty of the State, guaranteed by social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other injuries and to the equitable universal access to the actions and services for its promotion, protection and recovery.” (BRASIL, 1988)

It is possible to visualize, in this way, the consciousness over the citizenship idea expressed in the Constitution, which listed an almost exhaustive range of individual rights and guarantees, and, of course, social rights. It’s in this context that comes up the Right to Health, that is, a fundamental second-generation social right. (VARGAS, 1997) In order to ratify such exposition, we might quote Dallari when he says that “[...] the right to health should be guaranteed to all people in the same way [...]” (DALLARI, 1985)

This right, therefore, waves as one of the most important elements of citizenship, as a right to the promotion of people’s lives, since the right to health can also be considered the right to life. (MORAIS, 1996) Based on this analysis, the issue of the Right to Health is universal, as well as the equal access to health care, which has been constitutionally guaranteed both in the specific section and in the general provisions of the Social Security. (RODRIGUEZ NETO, 2003)

Still, we can affirm that health, at constitutional level and from the ordinary legislation, is a legal right protected, extended to all people who are subject to the Brazilian legal order. According to Carlos Dias, it is therefore intolerable that a person or the whole community may be disrespected in such right, without the Brazilian law giving it the due protection. (CARLOS DIAS, 2001) In this dimension, we reaffirm that from its preamble the Constitution indicates a Democratic State, designed to ensure the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and thus encompassing the Right to Health. (PODVAL, 2003)

For a better understanding of the discussion, however, it is undoubtedly necessary to bring at least one concept/definition of the expression Public Policies. If we look for definitions for Public Policy, it is very likely that we will find a myriad of definitions. However, for the sake of time and objectives, let us focus on the definition given by Vallès who chooses to define public policies in the following terms:

[...] an interrelated set of decisions and not decisions, which are focused on a specific area of conflict or social tension. These are decisions formally taken within the framework of public institutions - which gives them the ability to obligate - but which have been perceived in an elaboration process in which a plurality of public and private actors have participated. (VALLÈS, 2002. p. 37)

The fact is that, with the resurrection of the concept of civil society, the ideas of democracy and a sphere of public opinion as a universal space of rational understanding are some of the recent searches to overcome all the problems and challenges of the current legal systems and in the case of democracy, to respond the social exclusion. From these perspectives, legal systems provide frameworks for deliberating and building a democratic consensus for an equitable and inclusive society capable of implementing public policies that, in fact, result in social justice.

Thus, the State has come up as Welfare State, being responsible for the implementation of public policies that would meet the most varied needs of an increasingly complex society. However, efforts to prevent suicide should be directed through a multidisciplinary analysis, that is, one must always take into account the social contexts where those people who are most subject and / or prone to suicidal contemplation are inserted. However, the applicability of this holistic paradigm becomes proportionally more difficult when placed in the context of countries whose territorial extensions along with the cultural diversities that present makes the phenomenon of suicide even more complex to be understood, especially, prevented. (KOCH; OLIVEIRA, 2015)

According to Koch and Oliveira, “[...] cultural differences and the specificities of the populations that the public policies want to see affected by their actions must be weighed. The complexity of the suicidal phenomenon imposes a **local treatment** for the formulation of public policies.” (KOCH; OLIVEIRA, 2015)

The *local* term refers to the idea of a territorial limitation and/or territorial determination. Thus, taking into account that suicide is often influenced by socio-cultural factors, it would be necessary to rethink the adoption of a certain public policy for a certain place by attending to certain individuals. (BERTOLOTE, 2004) In other words, that public policy that performs well in the Southern part of a country may not present the same results in the Northern, for example. This is due to the sociocultural context that are inserted each of the risk groups.

On the Brazilian’s State of Rio Grande do Sul, on the last few years, the suicide rates have increased considerably, reaching the level of one thousand and a hundred suicides registered each year that passes, representing twice the average of the whole country, without counting those cases that were not registered/notified and the attempts. (DI LORENZO, 2017)

Nevertheless, there are already discussions for the implementation of a pilot project in the Brazilian State, with the creation of an observatory in order to collect data and identify possible risk groups. Besides, “[...] the objective is that with this information it is possible to subsidize public policies for prevention.” (DI LORENZO, 2017)

Furthermore,

Cancer, AIDS and other sexually transmitted diseases (STDs), two or three decades ago were surrounded by taboos and we saw the number of their victims increasing with bare eyes. It took the collective effort, led by courageous people and engaged organizations **to break these taboos, talking about it, clarifying, raising awareness and stimulating prevention** to reverse this scenario.

A public health problem currently experiencing this same taboo situation and the **increase of its victims is suicide. By official numbers, there are 32 Brazilians killed per day, a rate higher than the victims of AIDS and most types of cancer.** It has been a silent evil because people run away from the subject and because of fear or ignorance they do not see the signs that a close person is suicidal. (SETEMBROAMARELO, 2017)

According to the World Health Organization quoted by *Setembroamarelo*: “[...] **9 out of 10 cases could be prevented.**” (SETEMBROAMARELO, 2017) At the same way

Ruy Palhano quoted by Borges and Lima (2017) says that: “We need to confront it with public policies!”

## 5. FINAL CONSIDERATIONS

Likewise, other problems in life, suicide does not have a quick fix. It has been, throughout history, a very difficult challenge for teachers, researchers, scholars, sociologists, theologians, biologists, psychiatrists, psychologists, among other.

Essentially, we can try to avoid suicide through various forms like counseling, medications, public policies and even through the law, as mentioned in the Japanese case. Above all, the State does not have the absolute right to arrest a person in a hospital as if he was a criminal because this will only add more suffering and pain to a person who can no longer bear his own suffering. It is also necessary to understand that all of us are at some point responsible for suicide in our society, so we must help avoid it rather than condemn the victims of suicide.

By the same token, it is important to notice that hospitalization, in some cases, works, though, it is not always the best option for helping people who are struggling with problems in life. Likewise, the challenge is to find new and more effective ways - for each specific case - in a try to avoid suicide and actually help the grieving individual to find meaning in his existence.

Public policies in the attempt to prevent suicide represent hopeful and positive results. However, these measures alone will not eliminate the problem once and for all, but they can significantly reduce and/or minimize the number of deaths. It is also important to emphasize that we all have the responsibility to help preventing suicide and that the combination of public policies as well as the participation and involvement of the society as a whole might be a powerful treatment or perhaps the *cure* for this evil plague that harvests the lives of so many people.

## 6. REFERENCES

- BARROS FILHO, Clóvis de.; MEUCCI, Arthur. **A vida que vale a pena ser vivida**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. Retrieved from: [http://www.profdoni.pro.br/home/images/sampled/2015/livros/A\\_vida\\_que\\_vale\\_pena\\_ser\\_vivi.pdf](http://www.profdoni.pro.br/home/images/sampled/2015/livros/A_vida_que_vale_pena_ser_vivi.pdf). Access in: Sep. 04, 2018.
- BERTOLETE, José M. **Suicide prevention: at what level does it work?** World Psychiatry. 2004 Oct; 3(3): 147–151. Retrieved from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1414695/>. Access in: Ago. 28, 2018.
- BORGES, Raimundo; LIMA, Camila. **“Precisamos enfrentar o suicídio com políticas públicas”, diz Ruy Palhano**. 2017. Retrieved from: <https://oimparcial.com.br/noticias/2017/09/precisamos-enfrentar-o-suicidio-com-politicas-publicas-diz-ruy-palhano/>. Access in: Ago. 15, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.
- CARLOS DIAS, José. O sistema penitenciário brasileiro: panorama geral. **Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ**, Brasília, n. 15, p. 8-11, set./dez. 2001.

- CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **Suicide rising across the US**. Retrieved from: <https://www.cdc.gov/vitalsigns/suicide/>. Access in: Sep. 01, 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **O suicídio e os direitos das pessoas. 2017**. Retrieved from: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&sq=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiw942WpvrWAhXH-f5AKHT2EABUQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fsite.cfp.org.br%2Fo-suicidio-e-os-direitos-das-pessoas%2F&usq=AOvVaw2TsC7yHMat0GH0sQXywgpd>. Access in: Oct. 18, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em sociedade**. São Paulo: Moderna Ltda, 1985. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- DI LORENZO, Alessandro. **Projeto prevê ações de prevenção ao suicídio no RS**: Objetivo é reunir informações para criação de políticas públicas ligadas ao tema. 2017. Retrieved from: <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/rs/noticias/100000865824/projeto-preve-acoes-de-prevencao-ao-suicidio-no-rio-grande-do-sul.html>. Access in: Ago. 27, 2018.
- DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo de sociologia**. 2ª ed. São Paulo: Editora WME, Martins Fontes, 2011.
- DURKHEIM, Émile. **Suicide**. New York: Routledge, 2002.
- FEDOROVSKY, A.E. **Suicide as social phenomenon**. Retrieved from: <http://ovv.esrae.ru/pdf/2015/8/1112.pdf>. Access in: Oct. 18, 2017.<sup>2</sup>
- GOSSERIES, Axel. **Pensar a justiça entre as nações**: do caso Perruche á reforma das pensões. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2015.
- JACOBS, Douglas. **Suicide and clinical practice**. Library of Congress Cataloging-in-Publication Date: Washington, DC, 2005.
- JAPANESE BASIC LAW ON SUICIDE COUNTERMEASURES (N.º 85 from the year 2006)**. Retrieved from: <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/0000122062.pdf>. Access in: Ago. 31, 2018.<sup>3</sup>
- KNAPTON, Sarah. **Antidepressants can raise the risk of suicide, biggest ever review finds**. 2016. Retrieved from: <http://www.telegraph.co.uk/science/2016/03/14/antidepressants-can-raise-the-risk-of-suicide-biggest-ever-revie/>. Access in: Jan. 22, 2018.
- KOCH, Daniel Buhatem; OLIVEIRA, Paulo Rogério Melo de. As políticas públicas para a prevenção de suicídios. **Revista Brasileira de Tecnologias Sociais**, v.2, n.2, 2015. UNIVALI, Universidade do Vale do Itajaí. Retrieved from: <file:///C:/Users/User/Downloads/9226-25358-1-SM.pdf>. Access in: Ago. 8, 2018.
- KRILL, Patrick. **Why lawyers are prone to suicide**. 2014. Retrieved from: <http://edition.cnn.com/2014/01/20/opinion/krill-lawyers-suicide/index.html?iref=allsearch>. Access in: Feb. 11, 2018.

---

2 ФЕДОРОВСКИЙ, А.Е. *Суицид как социальное явление*.

3 自殺対策基本法（平成十八年法律第八十五号）

- LEENAARS, Antoon A. **Suicide and human rights: a suicidologist's perspective.** 2003. Retrieved from: <https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/13/2014/04/8Antoon.pdf>. Access in: May 13, 2017.
- MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho.** Milão: Unb, 1999.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- PALHANO, Ruy. **Neuropsiquiatria sem fronteiras suicídio.** 2015. Retrieved from: [https://www.youtube.com/watch?v=IAHV\\_BjLvhU](https://www.youtube.com/watch?v=IAHV_BjLvhU). Access in: Oct.17, 2017.
- PHEND, Crystal. **Suicides More common than traffic deaths: suicide has overtaken motor vehicle crashes as the leading cause of injury deaths in the U.S., a national study found.** 2012. Retrieved from: <https://www.medpagetoday.com/PublicHealthPolicy/PublicHealth/34962>. Access in: Feb. 11, 2018.
- PODVAL, Maria Luciana de Oliveira. A tutela específica em face do poder público. Políticas públicas de saúde e o princípio constitucional da separação dos poderes. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. especial, p. 167-194, jan./dez. 2003.
- QUINNET, Paul G.; **Suicide: the forever decision.** 1987. Retrieved from: [http://www.sostucson.org/Forever\\_Decision.pdf](http://www.sostucson.org/Forever_Decision.pdf). Access in: Ago. 21, 2018.
- REDAÇÃO GALILEU. **Número de suicídios aumentou 12% no Brasil, mostra Ministério da Saúde.** 2017. Retrieved from: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2017/09/numero-de-suicidios-aumentou-12-no-brasil-mostra-ministerio-da-saude.html>. Access in: Sep. 01, 2018.
- RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde – Promessas e limites da Constituição.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.
- SETEMBROAMARELO. **O suicídio.** Retrieved from: <http://www.setembroamarelo.org.br/o-suicidio/>. Access in: Oct. 15, 2017.
- STONE, Geo. **Suicide and attempted suicide: methods and consequences.** New York: Carroll & Graf Publishers, 1999. Retrieved from: [http://files.shroomery.org/attachments/8806069-Suicide%20and%20attempted%20suicide%20by%20Geo%20Stone%20\[ebook\]\[OCR\]\[alt.suicide.holiday\].pdf](http://files.shroomery.org/attachments/8806069-Suicide%20and%20attempted%20suicide%20by%20Geo%20Stone%20[ebook][OCR][alt.suicide.holiday].pdf). Access in: Dec. 20, 2016.
- TARGUM, Steven D., KITANAKA, Junko. **Overwork suicide in japan: a national crisis.** (2012). Retrieved from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3312902/>. Access in: Jan. 16, 2018.
- TUKHIASHVILI, Emma. **Suicide – social disease?** 2012. Retrieved from: <https://www.kvirispalitra.ge/public/11622-suicidi-socialuri-daavadeba.html?device=xhtml>. Access in: Feb. 21, 2018.<sup>4</sup>
- VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: **Ciencia política: una introducción.** Barcelona: Ariel, 2002.
- VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. Direito e saúde: formas de controle social sobre serviços e ações de saúde. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, n. 1/2, p. 47-60, dez. 1997.

---

4 ემა ტუხიაშვილი. სუიციდი - სოციალური დაავადება?



WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Latest data on suicide**. 2018. Retrieved from: [http://www.who.int/mental\\_health/suicide-prevention/en/](http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/). Access in: Sep. 01, 2018.

**Janaína Machado Sturza**

janasturza@hotmail.com

Pós Doutora em Direito pela UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/ Itália. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Professora no curso de graduação em Direito e no curso de Pós Graduação Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos, na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq).

**Rodrigo Tonel**

tonelr@yahoo.com

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul UNIJUI; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior CAPES. Bacharel em Direito pela UNIJUI.

# A INFLUÊNCIA DO BIG DATA NO CONTROLE SOCIAL DA GESTÃO PÚBLICA

## THE INFLUENCE OF BIG DATE IN THE SOCIAL CONTROL OF PUBLIC MANAGEMENT

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza  
E-mail: patncss@gmail.com

Ricardo Maurício Freire Soares  
E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

Autores convidados  
Recebido: 24-7-2019  
Aprovado: 24-7-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Contexto evolutivo da administração pública brasileira. 3 A gestão e a governança pública na era digital. 4 O fenômeno do big data e o direito à preservação de dados. 5 O big data direcionado ao controle social. 6 Considerações finais.

### **RESUMO:**

A sociedade moderna não é mais a mesma depois dos avanços tecnológicos de informática. O que se observa hoje é uma sociedade acelerada, mais conectada que, cada vez mais, dependente do mundo virtual em que se exige, por consequência, mais desempenho e produtividade. Esta velocidade não ficou afastada da Administração Pública, que, em outros tempos, não era volvida por resultados, visto que o uso da tecnologia tem permitido o aperfeiçoamento da Gestão Pública. O desenvolvimento alarmante e contínuo da tecnologia da informação permite aos Tribunais de Contas aplicarem o instrumento do *Big Data*, uma vez que são responsáveis e detentores do maior número de informações da Administração Pública. Neste viés, o presente artigo busca

### **ABSTRACT:**

Modern society is no longer the same after technological advances in computing. What we see today is an accelerated society, more connected which, increasingly, dependent in the virtual world where, consequently, more performance and productivity is required. This speed was not far from Public Administration, which, in other times, was not due to results, since the use of technology has allowed the improvement of Public Management. The alarming and continuous development of information technology allows the Courts of Accounts to apply the Big Data instrument, since they are responsible for and hold the greatest amount of information of the Public Administration. In this bias, the present article seeks to examine the definition of Big Data



examinar a definição de *Big Data* e sua possível utilização por parte da Administração Pública. Nessa senda, identifica-se a importância do governo aberto, por meio do uso do *Big Data* como espaço para coprodução de serviços públicos, imersa no mundo da inteligência artificial, podendo oportunizar políticas públicas mais eficazes, avaliação do nível de governança, gestão (boa aplicação dos recursos + equilíbrio fiscal + mensuração da dívida pública) e transparência, considerando os desafios e limites enfrentados em sua implementação, passando desde a coleta de dados à produção de propostas de projetos por meio de tais informações coletadas. Para tanto, foi aplicada a metodologia de natureza qualitativa, de cunho exploratório, dedutivo, bibliográfico e documental. Em sede de conclusão, pode-se afirmar que o uso adequado do *Big Data* pode propiciar aos órgãos controladores e à população maior controle sobre a Gestão Pública, solidificando uma cultura participativa e reivindicante de integridade que se somam ao fortalecimento do controle social.

**Palavras-chave:**

*Big Data*. Controle Social. Gestão Pública. Governança Pública. Inteligência artificial.

and its possible use by the Public Administration. In this way, the importance of open government, through the use of Big Data as a space for coproduction of public services, immersed in the world of artificial intelligence, can be identified, being able to offer more effective public policies, evaluation of the level of governance (good application of resources + fiscal balance + measurement of public debt) and transparency, considering the challenges and limits faced in its implementation, from data collection to the production of project proposals through such information collected. For that, the qualitative, exploratory, deductive, bibliographic and documentary methodology was applied. In conclusion, it can be said that the proper use of Big Data can provide the controlling organs and the population with greater control over Public Management, solidifying a participatory and demanding culture of integrity that adds to the strengthening of social control.

**Keywords:**

Big data. Social Control. Public Management. Public Governance. Artificial intelligence.

## 1. INTRODUÇÃO

O modelo patrimonialista colonial foi o precursor das bases da Administração Pública brasileira, inexistindo à época qualquer diferenciação entre bens públicos e privados. Em seguida, durante o século XX, o antigo modelo patrimonialista foi perdendo espaço para o modelo burocrático, que pregava os princípios da profissionalização, hierarquia, impessoalidade e formalismo.

Contudo, durante este período, mesmo com o surgimento do sistema burocrático, a Administração Pública ainda não era apta para eliminar as práticas clientelistas enraizadas no serviço público pelo sistema anterior.

Outrossim, surgiu por volta dos anos 90, do século passado, uma necessidade de modernização da gestão pública. Neste momento começa o processo de implementação do modelo gerencial na Administração Pública, eis que o sistema burocrático não é suficiente para representar e cumprir de forma efetiva os anseios de uma sociedade em

crescente ascensão. O novo sistema proposto na esfera da Nova Gestão Pública (NGP), com foco principal no cidadão, substituiu a valorização do planejamento estratégico e da implementação de ferramentas de mercado e pelo ideal de gestão pública participativa, ainda em desenvolvimento.

A crescente participação da população nas decisões do Estado, por meio de variados instrumentos, atualmente, é o centro de fortes debates como meio de expandir e concretizar a democracia e, conseqüentemente, efetivar o controle social. Inserir a população na discussão dos problemas presentes na sociedade também é um dos fatores sociais atuais, o que a aproxima da discussão sobre as soluções mais cabíveis e a sua forma de aplicação por meio de políticas públicas.

Deste modo, surgem as organizações com caráter participativo, com o advento da Constituição Federal de 1988, emergindo como resultado de um período marcado pela redemocratização, o que pontua a função e atuação, em destaque dos cidadãos dentro de uma esfera democrática, atrelando, igualmente, a definição de Constituição Cidadã à Lei Maior. Com base nisso, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios seguiram o mesmo caminho ao incorporarem muitos dos ditames por ela estabelecidos. A título de exemplos de muitos espaços e ferramenta de participação social, têm-se os conselhos de políticas públicas, orçamentos participativos (OP), comissões de legislação participativa, conferências e audiências públicas.

Neste cenário, como bem assevera helvécio A sociedade moderna não é mais compreendida como uma sociedade disciplinar, e sim, como uma sociedade de desempenho, na qual seus participantes (os indivíduos) não estão mais alocados na qualidade de sujeitos de obediência, mas de sujeitos de desempenho/produtividade

Ademais, apesar do modelo gerencialista não ter alcançado a ênfase desejada, este teve êxito em relação a extinguir atividades nocivas surgidas desde os modelos anteriores do Estado brasileiro. Logo, foi eficiente ao estabelecer os fundamentos da modernização da máquina estatal, incluindo as bases do que chamamos Governo Eletrônico.

O Governo Eletrônico foi criado com a finalidade de proporcionar mais celeridade e expandir o acesso à serviços, além de ampliar a efetividade da transparência das ações governamentais.

A análise dos resultados decorrentes das transformações tecnológicas ocorridas na democratização da gestão pública, possui antecedentes desde a virada do século XX para o século XXI, conforme apontam os estudos de Heeks e Davies (1999) e de Dimaggio et al. (2001). Isto é, com o avanço da internet, a produção e o acesso a dados vêm crescendo continuamente.

A Administração Pública, nesse contexto, utiliza tais dados de forma essencial na concretização de seus programas, estratégias e efetivação das demandas sociais. Contudo, a análise desses dados digitalmente, mediante o complexo e amplo volume de informações, solicita uma transformação do modelo tradicional de armazenamento.

Nisto surge o *Big Data*, termo que define o alto volume de dados (estruturados ou não-estruturados), responsáveis pela sobrecarga do armazenamento de dados. Isto é, para o *Big Data*, não importa o volume de dados disponíveis, mas sim, qual a finalidade que as instituições dão a estes dados. O *Big Data* pode ser usado para adquirir *insights* que direcionam às melhores decisões e ações estratégicas.

Contudo, questiona-se se tal fenômeno possibilita uma visão integral, completa e certa sobre a sociedade, sua estrutura, demandas e reais necessidades, bem como ele pode ser utilizado na elaboração de programas estratégicos e projetos que cumpram os anseios sociais sem ferir o direito fundamental à intimidade.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar a utilização do *Big Data* nas diversas esferas da Administração Pública nacional. Para tanto, metodologicamente, a pesquisa foi de natureza qualitativa, de cunho exploratório, dedutivo, bibliográfico e documental, apresentando um relato histórico da Administração Pública no Brasil, acerca do surgimento da era digital e o direito à intimidade e privacidade, especial sobre o *Big Data*, expondo seus aspectos conceituais e a sua implementação, em prol do controle social sobre a pública administração. Para tanto, foi aplicada a metodologia de abordagem qualitativa e revisão bibliográfica e documental de caráter exploratório, apresenta-se como produto do conhecimento empírico-científico e da aplicação do método dedutivo (ANDRADE, 2010), onde adotam-se a leitura/releitura e a interpretação de fontes sobre o tema escolhido que serve para a reflexão de uma nova forma de pensar sobre o aperfeiçoamento da Administração Pública por meio das novas tecnologias.

## 2. CONTEXTO EVOLUTIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

É sabido que até a década de 30, do século XX, predominou no Brasil, como primeiro modelo de administração do Estado, o Patrimonialista, no qual os governantes determinavam o Estado como o seu patrimônio, isto é, dispunha dos bens públicos como se a eles estes pertencessem.

Neste sistema, a estrutura Estatal atua como a extensão do poder do soberano. Inexistindo, qualquer distinção entre a *res publica* - definida como a coisa pública – e a *res principis* - conhecida como o patrimônio do príncipe ou do soberano, o que resulta na confusão entre o patrimônio público e o privado, promovendo, ainda, aos soberanos um contexto apto a apropriação indevida dos bens públicos. Cabe pontuar que a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse modelo de Administração Pública (BRESSER-PEREIRA, 1998).

No mesmo sentido, Paludo (2012, p. 50) ao corroborar que tal modelo não realiza qualquer distinção entre a administração de bens públicos e bens particulares ainda reafirma que “tudo que existia nos limites territoriais de seu ‘reinado’ era tido como domínio do soberano, que podia utilizar livremente os bens sem qualquer prestação de contas à sociedade”.

Em seguida, durante a gestão de Getúlio Vargas (1930), que implementou um rearranjo político do Estado para cumprir as pressões por modernizações oriundas da burguesia nacional, que almejava proteger a *res publica*, promover o intervencionismo estatal, o desenvolvimento econômico e a integração político-social desta burguesia e de setores operários urbanos, surge o modelo Burocrático<sup>1</sup>, implementado para suprimir o modelo anterior Patrimonialista. Tal modelo surgiu para estruturar e racionalizar a Administração Pública no Brasil (PASCARELLI FILHO, 2011).

Este modelo de administração, o burocrático, que remonta à transição do Estado patrimonialista para o Estado Liberal e constitucional<sup>2</sup>, tem por escopo o cumprimento às normas, à formalidade e ao profissionalismo, isto é, busca a igualdade por meio da manifestação com fulcro em regras formais. Nesse sentido, para Paludo o modelo burocrático

---

1 Modelo idealizado pelo sociólogo alemão Max Weber.

2 Marcado por reformas no serviço público em países europeus ocidentais na metade do século XIX

[...] trouxe novos conceitos à Administração Pública: a separação entre a coisa pública e a privada, regras legais e operacionais previamente definidas, reestruturação e reorientação da administração para atender ao crescimento das demandas sociais e aos papéis econômicos da sociedade da época, juntamente com o conceito de racionalidade e eficiência administrativa no atendimento às demandas da sociedade. (2012, p. 56).

Já para Chiavenatto (1994, p. 161) o modelo burocrático é definido como uma “organização eficiente por excelência, e para atingir esta eficiência a burocracia explica detalhadamente como as coisas deverão ser feitas”. Para ele, portanto, este sistema requer uma previa desconfiança nos Gestores Públicos, conceito distinto daquele popular que a Burocracia simboliza.

Por tal motivo, exige-se o cumprimento às normas e um controle rígido nas ações dos administrados, para evitar abusos, focando tais controles tanto na legalidade na contratação de pessoal, quanto na legalidade das aquisições públicas e na legalidade do atendimento das demandas (BRASIL, 1995, p. 15).

Entretanto, mesmo com nítidas vantagens trazidas pelo modelo Burocrático à Administração Pública, percebeu-se a aptidão para o indivíduo agir distintamente ao que está previsto nas normas ou até mesmo não agir, nas duas formas, violando a legislação. Neste cenário, as desvantagens elencadas por tal modelo consubstanciavam-se no apego exacerbado às normas e regulamentos internos; ao excesso de formalismo e ao grande número de documentos; a resistência a mudanças; a desconsideração à figura do servidor; a ausência de flexibilidade; a desconsideração do cidadão; e a tomada de decisões fora da realidade (PALUDO, 2012).

Configura-se pela morosidade em agir e imobilismo, fatores de ineficiência por parte do Estado no que se refere ao cumprimento aos anseios dos cidadãos, tornando este modelo insuficiente. O que suscita a necessidade de implementação de um novo modelo, que garanta a qualidade do serviço público, por meio da profissionalização e qualificação de seus servidores.

À época percebeu-se um avanço, especialmente em relação ao fomento dos direitos fundamentais individuais. Nesta trilha, Zymler esclarece que a garantia dos direitos subjetivos dos indivíduos é tópico marcante do Estado Social, modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, no qual exige um exercício comissivo da máquina estatal (ZYMLER, 2015).

Mas, ainda, existia o afastamento da população em geral às questões do âmbito coletivo. Dessa forma, a democracia brasileira ainda não era apta para responder, de forma positiva, à extinção do abismo social e à expansão da participação popular dos rumos da Administração Pública.

O modelo burocrático da administração pública serviu tanto para os Estados liberais, mesmo que estes fossem não democráticos (século XIX), quanto para o Estado liberal-democrático. Durante o século XX, com a adoção do Bem-Estar Social pelo Estado, desempenhou-se uma função essencial de produtor de uma vasta gama de serviços públicos, e, também de regulador e protetor da economia nacional, resultando, em um emaranhado da burocratização que foi expandida a um grande número de domínios da atuação estatal.

Contudo, a crise econômica que marcou os países capitalistas ocidentais (final da década de 1970 e início de 1980) ocasionou um colapso do modelo de Estado de Bem-Estar, keynesiano e burocrático, emergindo, a necessidade de sua reforma.

Tal quadro exigiu a reforma do modelo administrativo na década de 1990, e estabeleceu a necessidade de criação de um ambiente dinâmico que combatesse a antiga crise fiscal decorrente do antigo Estado de Bem-Estar Social. Eis que disto elabora-se o Novo Gerencialismo Público (NPM)<sup>3</sup> para impulsionar e racionalizar a máquina burocrática desenvolvida durante o século XX. O NPM realiza uma crítica acerca do tamanho do setor público e de sua prestação ineficiente, buscava reinventar o governo, modificando a base da departamentalização e centralização do modelo burocrático e direção à descentralização, com foco no cliente-cidadão.

Nesse novo contexto, surge o modelo gerencial da Administração Pública com o objetivo de retificar as desvantagens oriundas do antigo modelo, o burocrático. Assim, ressaltase a predominância da inovação, por meio de ferramentas de gestão voltadas ao indivíduo, em benefício da efetividade na prestação de serviços públicos de qualidade.

Enquanto a Administração Pública burocrática foca no processo/procedimentos empregados no desenvolvimento dos serviços públicos - o modelo gerencial preocupa-se com os resultados (PASCARELLI FILHO, 2011).

Para Oliveira (2016, p. 62), o modelo gerencial objetiva “otimizar a eficiência nos serviços e a funcionalidade do Estado, reduzindo custos e melhorando a qualidade dos serviços prestados em função do interesse público.”

Eis que este modelo traduz a antiga necessidade de se combater o nepotismo e a corrupção, bem como de promover a eficiência no provimento de bens públicos e semipúblicos, através de procedimentos mais complexos e direcionados à sociedade e a obtenção de resultados. Deste modo, esse novo sistema gerencial, também conhecido como “nova administração pública”,

[...] parte do reconhecimento de que os Estados democráticos contemporâneos não são simples instrumentos para garantir a propriedade e os contratos, mas formulam e implementam políticas públicas estratégicas para suas respectivas sociedades tanto na área social quanto na científica e tecnológica. E para isso é necessário que o Estado utilize práticas gerenciais modernas, sem perder de vista sua função eminentemente pública. (BRESSER-PEREIRA e SPINK, 2006, p. 7).

Deste modelo resulta a descentralização das atividades administrativas, o envolvimento dos gestores públicos nesse processo, a transformação das estruturas organizacionais e o respeito a valores e condutas modernas assumidas dentro do Estado.

O referido modelo gerencial desenvolveu-se através de três estágios distintos. O primeiro deles, o *Gerencialismo Puro ou Managerialism*, estava direcionado para a eficiência da máquina pública, bem como à diminuição de gastos, sendo que o “usuário-cidadão” começa a ser enxergado como financiador da máquina pública. O segundo, o da *Administração Gerencial ou Consumerism*, estabelece o usuário como um cliente, o qual possui necessidades que devem ser atendidas, o enquadrando como “cliente consumidor”,

3 Difundido a partir da obra de Osborne e Gaebler (1992).

o pagador dos serviços. Já o terceiro estágio, *Public Service Orientation (PSO)*, agrega os princípios atinentes à cidadania, a equidade, independente de financiamento dos serviços ou não (PALUDO, 2012).

Indo além, como “nova administração pública”, surge o modelo Societal, como manifestação de grupos de mobilização social em prol dos seus direitos perante o Estado, através da participação social e da estruturação de um projeto político voltado a aperfeiçoar a estrutura da máquina pública.

Para Silveira (2013, p. 1), a definição de gestão social ainda está em construção. Nas palavras do autor:

A vertente de gestão pública social deriva, no Brasil, dos movimentos sociais que mobilizaram o país durante o período ditatorial. Nesse período, a Igreja Católica, através das Comunidades Eclesiásticas de Base – CEBs [sic]<sup>1</sup>, promoveu a criação de espaços onde as pessoas eram estimuladas a debater sobre questões cotidianas, contribuindo para a formação de lideranças populares.

O modelo Societal surgiu como crítica ao modelo gerencial no que tange este ser mais “fechado” à participação popular, cuja base se encontra no crescente interesse da sociedade civil em participar de forma ativa da gestão pública, isto é, abandonar o papel de mero administrado para interventor na Administração Pública.

O que se busca é enfatizar a participação social e procurar estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro e a estrutura do aparelho de Estado, viabilizando a participação popular por meio da institucionalização de canais apropriados de acesso da população (DE PAULA, 2005).

O debate sobre os níveis adequados de participação da população na Administração Pública sempre foi o cerne da teoria democrática. Para Bobbio (1987), o desenvolvimento do processo democrático somente se perfaz através da conquista de espaços que estavam ocupados por centros de poder não democrático, hierárquico e burocrático, isto é, a grande empresa e a máquina estatal.

Dessa forma, a discussão sobre a participação da população na gestão pública segue a reforma do aparelho estatal, tendo em vista a constante busca pela elaboração de espaços e conjuntos com forma participativa no centro da democracia.

Nessa senda, diante do crescimento alarmante da tecnologia, especialmente de informação e comunicação, viabilizou-se a expansão da democratização do aparelho do Estado por meio da elaboração de instrumentos e espaços virtuais de debate entre a sociedade e o governo, em prol da eficiência da gestão pública, conforme será tratado no próximo tópico.

### 3. A GESTÃO E A GOVERNANÇA PÚBLICA NA ERA DIGITAL

As rápidas transformações ambientais, econômicas e culturais da nova era fomentaram a relevância da participação da sociedade. Tais mudanças ocorridas em cada ínfimo lapso da vida cotidiana resultam em um “novo” contexto de exigibilidades e contentamentos. O que se busca é atender completamente os anseios sociais presentes nas expectativas básicas de cada cidadão que, em último nível, legitimam a própria existência do Estado.



Os avanços tecnológicos vêm sobrepujando cada vez mais a sociedade, por meio do desenvolvimento das redes transnacionais de comunicação e das relações cada vez mais complexas estabelecidas entre sujeitos públicos e privados.

O Brasil após a redemocratização no final de 1980, elabora uma nova Constituição, com mais de noventa emendas. O que surge é um poder estatal emergido na globalização, por meio da interligação transnacional, no qual as pessoas estão conectadas e a economia se baseia nas transações transfronteiriças.

Nisto, as Tecnologias de Informação (TI), que geram a interdependência entre os indivíduos, implementam duas inovações na administração estatal. A primeira consiste nas tecnologias analógicas e no desenvolvimento da computação (de grande porte). A segunda, por sua vez, se relaciona com a revolução digital, em especial o surgimento da internet<sup>4</sup>.

A internet surge como forma de interligar bilhões de pessoas em todo o mundo, fortalecendo o processo da globalização, por meio da disponibilização de comunicações e operações globais mais econômicas e céleres (ALENCAR, 2018).

Inegável que a tecnologia traz benefícios marcantes para a eficiência e rapidez nas estruturas do Estado, na efetividade da gestão e da governança pública. De tal modo, necessita-se buscar soluções mais rápidas, eficazes e aceitáveis, através de ferramentas mais inteligentes.

Certamente, o modelo de Administração Pública Societal coloca em destaque a retomada da discussão sobre a governança em sentido mais amplo, ultrapassando os limites do conceito de “boa governança”, apregoados pelos defensores do gerencialismo. Afinal, a governança é compreendida como meio de fomentar as instituições da sociedade civil e ampliar os espaços governamentais, e, torná-los mais responsáveis, transparentes e democráticos.

A governança<sup>5</sup> requer uma gestão pública cada vez mais ágil, qualificada e eficiente. Ela abrange possibilidades e ferramentas que auxiliam nas diversas partes do negócio a examinar condições e opções, estabelecendo a condução, fiscalização, adequação, conformidade, desenvolvimento e prestação de contas (BRASIL, 2014), equilibrando as finalidades e planos com uso de métodos (pessoal, processos e práticas) para alcançar o escopo almejado pela organização (ALTOUNIAN; SOUZA; LAPA, 2018).

A governança pública alcança a organização da Administração Pública que abarque os adequados instrumentos de liderança, de estratégia e de controle, conforme dispõe o Decreto nº 9.203/17 (BRASIL, 2017), para efetivar a gestão pública, com finalidades claras que devem ser examinadas, controladas e conduzidas, em conformidade com os anseios da coletividade estabelecidos na Carta Magna (ALENCAR, 2018).

---

4 Nos anos 90 ocorreu o estouro do comércio eletrônico, aliado às pressões sociais em face de uma administração pública apta a atender às exigências de uma economia global em contínua transformação, e, nisto os governos começaram a integrar e elaborar páginas *online*.

5 A expressão *Governança* é de origem inglesa, oriunda de trabalhos econômicos (*corporate governance*) e no âmbito internacional, na esfera das organizações transnacionais (*global governance*), que em seguida atingiu o Direito Constitucional (*democratic governance*). A *governança* é definida como a forma de condução responsável dos temas do Estado nas diversas “esferas, que coloca os assuntos de governo de forma multilateral e insiste em questões como governabilidade, *accountability* e legitimação.” (ALENCAR, 2018, p. 103).

Na busca pela melhoria da governança pública, a Lei nº 13.655/18, que altera a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, incluiu os artigos 20 a 24<sup>6</sup>, 26<sup>7</sup> e 30<sup>8</sup> que tratam da segurança jurídica e eficiência na elaboração e aplicação do Direito Público. Alencar (2018, p. 117) leciona que a “estabilidade jurídica proposta na Lei nº 13.655/18 é um importante passo para alcançarmos a maturidade do processo decisório na Administração Pública brasileira”.

Decerto que com a globalização e, conseqüentemente, o desenvolvimento tecnológico, em especial, a internet - que inseriu a rede social - a organização administrativa deve se tornar atenta quanto a variedade no processo decisório. A rede social que facilita a conexão entre a sociedade, mercado e máquina estatal deve manter a coerência interna. Isto é, os ato-

---

6 "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...] Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. [...] Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."

"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [...] § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. [...] § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."

"Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. [...] Parágrafo único. (VETADO)."

"Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. [...] Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público

7 "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. [...] § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. [...] § 2º (VETADO).

8 Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. [...] Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão." [...] Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.



res e as instituições devem atuar com responsabilidade na manutenção de uma abordagem comum, lógica e sistêmica.

A governança em rede vai além do Estado, exigindo mais compartilhamento do que o controle, mais orientação do que direcionamento, mais equilíbrio do que ordens superiores. O grande uso da rede mundial de computadores (web, e-mail etc.) modificou os processos referentes à máquina administrativa, inclusive no que tange o governo e a sociedade.

A relação entre a Administração Pública e sociedade civil, bem como a relação entre a aquela, o setor privado e o terceiro setor vem sofrendo diversas modificações com o advento das novas Tecnologias da Informação e da Comunicação, considerando que as TICs (tecnologias de informação e comunicação) facilitam e expandem as transações, os fluxos e as ligações presentes na teia de sujeitos que integram e transacionam com a esfera público-estatal.

Dessarte, a implementação de tecnologias voltadas à informação se tornou essencial, na medida em que beneficiam tanto a colocação adequada dos recursos públicos e da intercomunicação entre os órgãos governamentais e os sujeitos sociais, bem como a reformulação dos processos de governo, com a finalidade de cumprir as demandas dos usuários e expandir as formas de acesso à própria Administração Pública e aos serviços públicos, tornando-os de qualidade, e, ainda, fomentando a função do Estado em favor da cidadania e da participação democrática.

Acerca do tema, Oliveira (2016, p. 63) afirma que

a postura diferenciada da Administração Pública ante o gigantesco acervo de informação acessível por meio da Internet define o seu potencial de eficiência, eficácia e economicidade, ao ponto de condenar à falência instituições públicas e privadas que manifestarem alguma lerdeza ou inépcia na interpretação de códigos digitais, isto é, se mostrarem avessas à análise e decifração de grandes volumes de dados, estruturados e não estruturados, acompanhados ou não de imagens, vídeos, áudios e gráficos.

A divulgação/transparência online dos serviços vem conduzindo a Administração Pública à uma nova realidade, com ênfase na desmaterialização de seus registros. Surge disto o governo eletrônico (*e-governo*, *e-gov*) como uma permanente otimização na disponibilização de serviços, na participação da população e na governança, perante a modificação das relações tanto internas quanto externas do Estado, por meio da internet.

Disso resultam três fortes domínios do governo digital: os *e-serviços* (prestação total ou parcial de serviços públicos por meios eletrônicos), a *e-participação* (também conhecida como *e-democracia*), compreende a elaboração de instrumentos e canais eletrônicos ou digitais para ampliar a transparência das ações governamentais e prestar contas à população) e a *e-administração* (consiste no uso das TICs para auxiliar na realização de processos e trâmites internos que fundamentam as finalidades da administração, por meio de *intranets* e *extranets*, entre outros).

Em prol de implementar um governo mais ágil, foi elaborada a Governança da Era Digital ou *Digital Era Governance* (DEG<sup>9</sup>) para legitimar o Estado, por meio da superação das exigências da Administração Pública burocrática, na medida em que garante a soberania, bem como a representação popular e, ainda, corrobora os ideais republicanos (DUNLEAVY, 2005).

9 Termo designado por Dunleavy (2005).

Além disso, a Governança da Era Digital traz uma *visão holística* da Administração Pública, moldada e voltada às necessidades dos usuários dos serviços públicos e não mais direcionada para a gestão dos processos internos de cada órgão. Esta visão estabelece novas e amplas macroestruturas de ação, que, para sua consecução, exigem a reestruturação de processos de governo, além de mudanças nos modos de gestão e no tratamento dos sistemas de informação. Ainda, requerem um compromisso por parte dos órgãos governamentais para reutilizarem as informações já coletadas de usuários, em vez de recolherem a mesma informação diversas vezes (como ocorre com as formas gerencialistas, que possuem sistemas de informação fragmentados, que não se comunicam).

Outro fator importante da Governança da Era Digital refere-se à utilização da *web* e da Internet pelos governos. A *digitalização* estabelece que os canais eletrônicos comecem a ser enxergados não apenas como complementares aos canais convencionais, havendo a transição para operações totalmente digitais. Surgem, decorrente disso, os serviços eletrônicos (*e-serviços*) e os novos modos de automatização de processos, que extinguem a intermediação humana (*zero touch technologies, ZTT*), em substituição aos serviços realizados presencialmente (DUNLEAVY et al, 2005).

Portanto, a ênfase da DEG relaciona-se com o rearranjo, por meio da reintegração, da abordagem holística e da digitalização, da Administração Pública para inovar as formas de prestação dos serviços públicos. Todavia, somente isso não viabiliza a exploração de todas as possibilidades de transformação, inerentes às TIC, que podem também ser empregadas a partir de tipos de governança reestruturados ao redor de canais de comunicação/interação entre governo e sociedade e, por consequência, ampliem a participação democrática.

Decerto, a utilização disseminada da Internet pela sociedade em geral, tanto por meio de sistemas computacionais convencionais ou por aplicativos em dispositivos móveis e a informatização das atuações pelos três poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) observada no Brasil ao longo dos últimos anos, concebeu um ambiente no qual a geração de dados ocorre de forma veloz. Do ponto de vista computacional, o armazenamento e o tratamento de tais arranjos de dados podem ser definidos no que se convencionou chamar de *Big Data*, consoante será demonstrado a seguir.

#### 4. O FENÔMENO DO BIG DATA E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DE DADOS

A computação digital bem como as redes computacionais surgiram para revolucionar o processo de produção, elaboração e armazenamento, de acesso e de compartilhamento de informações por parte dos usuários, o que marcou de forma impactante o dia a dia de empresas, universidades, órgãos do Estado e da sociedade em geral.

O trabalho, o lazer, a educação, a mídia e o esporte são alguns dos exemplos que foram se desenvolvendo com o crescimento da velocidade com que se locomove a informação e com a viabilidade de comunicação instantânea entre e com pessoas que estão em lugares distantes.

Tal revolução originou, como já mencionado, uma nova forma de governo, o governo eletrônico (*e-gov* ou governo digital). Este governo foi criado com a finalidade de proporcionar mais celeridade e expandir o acesso a serviços, além de ampliar a efetividade da transparência das ações governamentais. “Governo Eletrônico em sua definição mais restrita diz respeito à instrumentalização de práticas governamentais por meio das tecnologias” (RAMINELLI, 2014 p. 2).

Certamente que a inclusão digital, atualmente, é indispensável à organização e funcionamento do setor público que facilitem o acesso a informações, à sua criação, armazenamento e divulgação, viabilizando a interface direta entre diferentes órgãos e/ou entre os órgãos públicos e os cidadãos.

Para Oliveira (2016, p. 69), o Governo Eletrônico tem por finalidade implementar a inclusão digital através da difusão do uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) direcionadas “ao desenvolvimento social, econômico, político, cultural, ambiental e tecnológico, centrados nas pessoas, em especial nas comunidades e segmentos economicamente desfavorecidos”.

As TICs envolvem várias dimensões como

Dispositivos tecnológicos (hardware e software) que permitem editar, produzir, armazenar, compartilhar e transmitir dados entre diferentes sistemas de informações que têm protocolos comuns. Estas aplicações, que integram meios de informática, telecomunicações e redes, possibilitam tanto a comunicação e a colaboração interpessoal (pessoa a pessoa) como a comunicação multidirecional (de uma para muitos ou de muitos para muitos). Estas ferramentas desempenham um papel substantivo na geração, intercâmbio, difusão, gestão e acesso ao conhecimento. [...] no contexto das sociedades do conhecimento, estes meios podem contribuir ao desenvolvimento educacional, laboral, político, econômico, ao bem-estar social, entre outros âmbitos da vida diária. (ROMANÍ, 2009, p. 312)

A difusão crescente do uso da Internet pela sociedade em geral, bem como a informatização das atividades dos poderes integrantes do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), criou um ambiente no qual a geração de dados progride vertiginosamente. Tal armazenamento, bem como o tratamento de tais dados podem ser alocados no que se conhece por *Big Data*, e a sua disponibilização de acesso à toda sociedade se define por *Open data* (GOMES; BRAGA, 2017).

O *Big Data*<sup>10</sup> nada mais é que uma tecnologia que armazena um grande volume de dados, viabilizando um acesso com alta velocidade e tem a finalidade de capturar, descobrir e examinar tais dados, para transformá-los em informações essenciais na esfera da gestão de negócios (MACHADO, 2018).

Determinados conjuntos de dados, devido a seu tamanho e complexidade, se tornam muito difíceis de serem tratados por ferramentas de *software* atuais. Para o Gartner Group (2015, *online*),

Big Data é definido como ativos de informações de alto volume, de alta velocidade e de alta variedade que demandam por formas inovadoras e rentáveis de processamento de informações para uma melhor percepção e tomada de decisão.

De acordo com a pesquisa divulgada pela União Internacional de Telecomunicações, agência da ONU especializada no assunto, existem atualmente bilhões de pessoas utilizando

---

10 A tradução da expressão *Big Data* é “grandes dados” e foi definido originalmente no início dos anos 2000 por um analista do Gartner Group (MACHADO, 2018).

a internet mundialmente, ou seja, mais da metade da população no geral está conectada, o que resulta no compartilhamento voluntário de variados dados que geram cerca de 200 horas de vídeo por minuto e enviam/compartilham cerca de 500 milhões de fotos diariamente (G1, 2018, *online*).

Enquanto o *Big Data* se refere a volumes de dados difíceis de serem processados e analisados usando-se técnicas habituais de bancos de dados e software. A inteligência artificial (IA) não se explica em uma única definição, em razão da sua complexidade. Gabriel (2018, p. 185) a define como “a área da Ciência da Computação que lida com o desenvolvimento de máquinas/computadores com capacidade de imitar a inteligência humana”. Russel; Norvig (2009)<sup>11</sup> elucidam que esta tríade: máquina/imitação/inteligência humana inclui habilidades como: raciocínio, conhecimento, criatividade, solução de problemas complexos, percepção, aprendizagem, planejamento, habilidade de manipular e mover objetos, dentre outras. Pode se aferir, portanto, que a IA se escora no volume de dados disponível processados pelo chamado *Big Data*.

A assistência digital aplicada para a decisão pública, baseada em evidências, por meio da manutenção de grandes volumes de dados, protegendo dados sensíveis e escolhendo padrões sustentáveis é uma das variadas aplicações da inteligência artificial. Esta inteligência consiste em um arranjo cognitivo de máquina, amoldado e autônomo, expositivo da inteligência decisória humana (FREITAS, 2019).

A compreensão e o uso desses conjuntos de dados trazem duas questões essenciais: a) como se deve apresentar os dados ou as informações por ele disponibilizadas; b) como se deve examinar estes conjuntos de dados.

As tecnologias ligadas ao *Big Data* não somente suportam a possibilidade de coletar grandes volumes de dados, mas ainda possui a competência de compreendê-los e tirar proveito de seu valor.

Para Wiliamson (2014), a função é personalizar os serviços públicos pelas organizações sociais, o que abrange a utilização de software sofisticado e algoritmos que permitam ser usados para coletar e analisar o *Big Data* sobre usuários do serviço, ou seja, coleta de informações pessoais e dados comportamentais individuais, com o propósito final de prevenir e determinar os comportamentos e as necessidades dos cidadãos. Nisto, os usuários do serviço público são inseridos como coprodutores, juntamente com o software de banco de dados de serviços personalizados.

Mesmo que a definição de *Open Data* seja similar aos de *open source* e *open access*, somente, atualmente, este conceito difundiu-se, em fase posterior às iniciativas de disponibilização pública de dados do governo (no ano de 2009), por meio dos projetos *data.gov.uk* e *Data.gov*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, respectivamente.

Tal movimento internacional pela difusão dos dados governamentais ocasionou a Parceria para o Governo Aberto, ou OGP (em inglês *Open Government Partnership*). A OGP<sup>12</sup> foi inaugurada em 2011 e consiste “na iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais visando à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social” (OGP, 2014). Oito países assinaram a Declaração de Governo Aberto e entregaram seu Plano de Ação, são eles: África do Sul, Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido (PIMENTA; CANABARRO, 2014).

11 Tradução do vernáculo inglês para o português realizada por esta articulista.

12 A OGP, atualmente, agrega 63 países.

Portanto, existe uma relação firme de tais setores: tanto a geração contínua e crescente de dados com natureza científica, econômica, social e política levadas para armazenamento e tratamento (*Big Data*); bem como a sua disponibilização (*Open Data*), que, em seu turno, leva à geração de novos dados, exigindo modos intuitivos de apresentação (Visualização de Informações) o que, ainda, faz necessária a adoção de instrumentos confiáveis de análise (*Visual Analytics*).

Contudo, na era digital, proteger dados pessoais tornou-se, um valor em si, reunindo as atribuições inerentes a cada indivíduo e auxiliando no desenvolvimento da nova cidadania. Nesse contexto, a intimidade e a privacidade<sup>13</sup> são elementos integradores da cidadania, na medida em que a proteção de dados determinados como sensíveis, como por exemplo, a opinião política, evita eventuais discriminações e viabiliza a participação mais ativa, igualitária e expansiva da população na máquina pública.

Inegável que o direito fundamental à intimidade se origina da dignidade humana, estando ligada à própria personalidade do indivíduo, atuando como sua base principal, uma vez que é inerente à própria pessoa (LIMBERGER, 2007).

Ricardo Mauricio Freire Soares (2010) ensina que a dignidade da pessoa humana age como um princípio ético-jurídico apto para orientar, por meio de uma interpretação teleológica da Constituição, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos.

Sobre o direito material que ampara a tutela da privacidade e da intimidade, no Brasil, o inciso X<sup>14</sup>, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, estabelece o reconhecimento da inviolabilidade à intimidade e à vida privada, assegurando, ainda, o direito à indenização na hipótese de violação.

Na esfera legal foram editadas algumas legislações que tratam sobre banco de dados de cadastro de consumidores. São elas: a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que trata dos bancos de dados (art. 43<sup>15</sup>); a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), que regulamenta a obrigatoriedade dos Poderes Públicos disponibilizarem suas infor-

---

13 Cabe distinguir o direito à intimidade e o direito à privacidade. O primeiro busca proteger o mais íntimo da pessoa, o que não tem contato com o mundo externo ou então não tem uma publicidade, isto, não é de conhecimento de ninguém além do próprio cidadão. Por outro lado, a privacidade é definida como sendo, tudo o que não pertence à esfera da intimidade, mas que, por sua vez, não transparece à esfera pública (ALONSO, 2004).

14 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

15 Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. [...] § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. [...] § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. [...] § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. [...] § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. [...] § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. [...] § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor (BRASIL, 1990).

mações; a Lei nº 12.965/14 (art. 3<sup>a</sup>, caput e incisos I e II<sup>16</sup>), que regula o uso da internet no Brasil; e, ainda, em 2013, foi editada a Lei nº 13.709/18, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/14.

Como ferramenta mais recente de proteção de dados pessoais, foi editada a Medida Provisória nº 869/18 que recria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), alterando a Lei nº 13.709/18<sup>17</sup>. A Medida Provisória objetiva dispor de mais proteção aos dados pessoais e, ainda prevê exceções em que o poder público poderá repassar os dados à iniciativa privada, desde que o fato seja comunicado antes ao novo órgão.

Em regra, a transferência de dados das bases do poder público para as entidades privadas é vedada, mas o texto final da referida MP insere outras duas exceções: quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; bem como na possibilidade dessa medida ter o escopo exclusivo de prevenir fraudes e irregularidades ou proteger a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que proibido o tratamento para outras finalidades.

Em síntese, a criação de uma legislação que regulamentasse a proteção de dados pessoais era almejada há bastante tempo, o que com a edição da MP acima referida auxilia na efetividade da tutela da intimidade e da privacidade dos cidadãos, fomentando maior segurança jurídica, especialmente àqueles conflitos que forem levados ao Poder Judiciário.

## 5. O BIG DATA DIRECIONADO AO CONTROLE SOCIAL

Inegável que o objetivo dos órgãos públicos, sem dúvida, é obter acesso a grandes volumes de dados. Diversos órgãos públicos coletam, tratam ou produzem variados dados, estes como resultados de suas funções. Deste modo, todo gestor de recursos públicos tem por obrigação prestar contas, de acordo com o parágrafo único<sup>18</sup> do art. 70, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A crescente disponibilidade de dados é extremamente importante na melhoria dos serviços públicos, isto é, o acesso à informação torna cada vez maior a demanda por serviços públicos mais efetivos e contínuos, independentemente de sua esfera de atuação, seja federal, estadual ou municipal.

Decerto, em um Estado Democrático, o controle social deve ser exercido partindo desde o trâmite de criação de políticas públicas, por meio de consulta e audiências públicas, se estendendo até o acompanhamento e fiscalização de sua execução. Dessa forma, a transparência e a participação da população na gestão pública são essenciais para um controle eficaz da sociedade sobre a Administração Pública.

A participação popular existe sempre que houver interesse geral nos processos na esfera da Administração Pública Federal, que preveem a implementação de consultas públicas em benefício da manifestação de cidadãos ou, ainda, de audiências públicas para discussões

---

16 Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...] II - proteção da privacidade; (BRASIL, 2014).

17 Até o depósito deste artigo, a MP estava a espera da sanção do Presidente da República.

18 Art. 70. [...] Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumiu obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 1988).



sobre a matéria do processo e, também, sobre outras formas de participação da população, diretamente ou através de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Nesse interim, os órgãos públicos devem realizar a divulgação de dados de interesse coletivo ou geral, em local de fácil acesso, na esfera de suas competências, (Lei nº 12.527/2011, art. 8º, caput e §§2º e 3º<sup>19</sup>) e, ainda, é obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores<sup>20</sup> com os requisitos especiais.

Não se pode olvidar que a transparência é um direito da população e um dever dos gestores públicos, atuando como passo inicial para uma efetiva contribuição e para a participação dos cidadãos na vida pública. No âmbito internacional, como já mencionado, este movimento é definido como Dados Abertos (*Open Data*), que determina que os dados governamentais, por seu caráter público, devem ser disponibilizados a todos.

Através da implementação de tecnologias de informação e comunicação (TIC) o que se busca são respostas mais céleres e concretas dos governos e, conseqüentemente, que se amplie a transparência no uso de seus recursos públicos dos seus gastos, expandindo a participação da sociedade nas grandes decisões.

Acerca da transparência da gestão fiscal em meios eletrônicos, o art. 48<sup>21</sup>, caput e inciso I da Lei de Responsabilidade Fiscal determinou o direito de acesso à população aos planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, bem como às prestações de contas e ao respectivo parecer prévio; ao relatório resumido da execução orçamentaria e de gestão fiscal e, ainda, a promoção da participação popular em audiências públicas.

Outro ponto importante é a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011) que cedeu espaços significativos à viabilidade de controle social, por meio de procedimentos capazes de assegurar o acesso dos cidadãos a informações, conforme previsto no inciso

---

19 Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. [...] § 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). § 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos: I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações; III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação; V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso; VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso; VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do [art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000](#), e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

20 Obrigatoriedade dispensada para municípios de até 10 mil habitantes, segundo o §4º, do art. 8º da LAI.

21 Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. § 1o A transparência será assegurada também mediante: I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; [...] (BRASIL, 2000).

XXXIII<sup>22</sup> do art. 5º, no inciso II do §3º<sup>23</sup> do art. 37 e no §2º<sup>24</sup> do art. 216, todos da Constituição Federal, até mesmo àquelas referentes ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, bem como as prestações de contas relativas a exercícios anteriores (Lei nº 12.527/2011, art. 7º, inciso VII, alínea b).

Nas palavras de Sobral de Souza; Mota, a chamada Lei da transparência pública (12.527/2011) tem como objetivo “estabelecer regras procedimentais a fim de garantir o direito de acesso a informações e à transparência, bem como o incentivo à participação popular no controle e no acompanhamento da gestão pública”.

Os Tribunais de Contas também estão sujeitos à LAI, devendo dispor de informações conforme previsto acima. Dessa forma, esta lei objetiva garantir o direito fundamental de acesso à informação e deve ser estabelecida conforme os princípios básicos da Administração Pública e com as diretrizes previstas em seu art. 3º<sup>25</sup>.

No contexto atual, independentemente de esfera municipal, estadual ou federal, as instituições públicas cada vez mais almejam métodos para melhorar suas estruturas e responder aos anseios sociais de forma mais eficaz. No intuito de auxiliar na consecução de tais objetivos, são implementadas as técnicas de *Big Data*, Visualização de Informações e *Visual Analytics*, já mencionadas em tópico anterior.

Disponibilizar dados promove a geração de diversos serviços, mais ágeis e efetivos por parte dos órgãos públicos, ou àqueles mediados por eles. Nesse sentido, o *Big Data* proporciona “que as organizações recolham, armazenem, administrem e manipulem grandes quantidades de dados na velocidade certa, no tempo certo para conseguir os conhecimentos corretos” (HURWITZ, *at al.*, 2015, p.10).

As espécies de *Big Data* disponibilizadas pelo governo incluem informações sobre cidadãos (pessoas físicas), sobre as instituições e empresas (pessoas jurídicas), abrangendo, ainda, não apenas dados já inseridos em bases de dados e “*datawarehouses*” governamentais, mas também eventuais complementos de outras informações através de documentos sobre transações realizadas, citando-se como exemplos contratos, procurações, uso de cartões bancários, etc.), e por meio de redes sociais, blogs e e-mails, abarcando, ainda, distintos tipos de mídia, como vídeos, *broadcasts*, fotos e dados de localização (GPS).

---

22 Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

23 Art. 37. [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

24 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

25 Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).



Exemplo em favor desse instrumento é a possibilidade ofertada aos Tribunais de Contas de implementarem inúmeros dados em suas estruturas, sendo que “estes órgãos são repositórios do maior número de informações da Administração Pública, referentes aos 5.570 municípios, aos 26 Estados e ao Distrito Federal” (CASTRO, 2018).

Atualmente, os portais dos Tribunais de Contas disponibilizam *online*, gratuitamente e de forma permanente um extenso rol de informações socialmente relevantes acerca da gestão estatal. Tais dados correspondem a aprovação ou reprovação das contas de determinado gestor e informações sobre o impacto/eficiência das políticas públicas aplicadas em Municípios e Estados.

A Associação dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) em sua Resolução nº 6/2014, determinou diretrizes para a política de comunicação dos TCs que incluem a divulgação eletrônica “de decisões e de pautas de julgamento como instrumento de comunicação dos Tribunais de Contas do Brasil com o público externo de interesse e com a sociedade” (2014, p. 112).

Conforme estabelecido no relatório do Tribunal de Contas da União, o desenvolvimento tecnológico, ao longo das décadas, beneficiou na evolução das características inerentes ao Big Data, no que tange

- a) personalização das respostas geradas por sistemas de informação, como nas recomendações de compra da Amazon ([amazon.com](http://amazon.com)), que sugerem automaticamente novos produtos em função de comparações de históricos de compras de sua base de clientes;
- b) captação de informações dispersas em redes de sensores ou por meio de contribuições individuais voluntárias, como a iniciativa da cidade de Boston, nos Estados Unidos, que lançou um aplicativo para celulares que detecta a vibração causada pela passagem de um carro sobre um buraco na estrada, registra a posição geográfica em que isso ocorreu com o GPS e transmite esses dados pela internet para os servidores do departamento de estradas do município, que pode então alocar seus recursos em resposta à incidência de buracos e seu impacto sobre os motoristas que usam o aplicativo ([cityofboston.gov/doi/apps/streetbump.asp](http://cityofboston.gov/doi/apps/streetbump.asp)).
- c) detecção de fraudes: controle aduaneiro do trânsito de mercadorias ([fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transform-government.aspx?p=1](http://fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transform-government.aspx?p=1));
- d) resposta a incidentes e emergências: antecipação de problemas de trânsito; priorização de resposta a catástrofes ([fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transform-government.aspx?p=1](http://fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transform-government.aspx?p=1));
- e) democratização do acesso à informação: pelo uso de soluções de Big Data em conjunto com soluções baseadas em plataformas abertas, em que dados abertos podem suportar novas aplicações de governo eletrônico desenvolvidas por quaisquer pessoas. Como exemplo, citam-se as avaliações de qualidade e disponibilidade de hospitais e escolas, o que permitiria maior empoderamento da população e eventuais ganhos em participação social ([fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transformgovernment.aspx?p=1](http://fcw.com/Articles/2013/09/25/big-data-transformgovernment.aspx?p=1));

- f) ganhos de eficiência e produtividade com a otimização do processo produtivo e redução de desperdícios ([fcw.com/Articles/2013/09/25/big-datatransform-government.aspx?p=1](http://fcw.com/Articles/2013/09/25/big-datatransform-government.aspx?p=1));
- g) novas oportunidades de negócio: como, por exemplo, o desenvolvimento do setor de mapeamento, georreferenciamento e rastreamento, após a abertura de bancos de imagens de satélites e acesso à rede GPS. (TCU, 2014, p.11)

Indubitavelmente, o grande volume de dados requer um processamento ágil, diante da incessante exigência da sociedade no cumprimento de demandas em tempo real. Logo, este estudo é de suma relevância, na medida em que a coleta de dados com veracidade atestada, obsta o risco de todo um programa social ser baseado em informações incorretas ou indeterminadas, prevenindo, destarte, a ineficácia e a ocorrência de efeitos prejudiciais à gestão pública.

No ano de 2016, por conta da grande demanda de documentos tratados pelo TCU, foram levantados esforços para o desenvolvimento de serviços cognitivos capazes de processar esses vários tipos de documentos. O que se objetivou foi processar diversos documentos com conteúdo variados, para “identificar e extrair entidades relevantes para suporte aos diversos processos de trabalho e ações de controle do TCU” (FELISDORIO, 2019, p. 36).

Sem dúvidas, ampliar as possibilidades de acesso da população a dados do governo, sem dúvidas amplia, também, a democracia, em especial, a democracia digital. Exemplificando, tem-se a disponibilidade pelo Governo Federal, aos cidadãos, de acesso às diretrizes de políticas públicas, regulamentos e projetos de lei através das consultas públicas *onlines* ou *e-consultas*. Tais consultas eletrônicas disponíveis por meio de sítios e portais eletrônicos oficiais oferecem aos cidadãos, grupos e interessados a manifestação acerca dos aspectos propostos, podendo estes ainda, apontar as necessidades de modificações, compreenderem e examinar os benefícios das opiniões de outrem interessado; repensar definições e opiniões e buscar contribuições em prol da defesa coletiva de pontos ou modificações exigidas (ROTHBERG, 2010).

Não se pode olvidar, portanto, que a governança deve agir em favor do combate à corrupção, especialmente através da implementação da melhor gestão de *compliance* dentro das organizações (ASSI, 2017). Nesta toada, é essencial qualificar, aperfeiçoar e instrumentalizar os profissionais da auditoria pública para lidar com a complexidade e diversidade do volume de dados atualmente disponibilizados (BALANIUK, 2010) em reforço a cultura ética e de integridade que se somam à promoção e fortalecimento do controle social.

Neste viés, o *Big Data* no âmbito governamental pode remeter à interpretação sobre a de disponibilização de dados referentes às esferas econômicas e sociais. Alguns países, como Estados Unidos e Austrália, firmaram a iniciativa de dispor de dados acerca de clima, energia, ambiente, geologia, ciência e tecnologia, etc. Locais onde as instituições governamentais alcançaram êxito com *Big Data* e *Visual Analytics*, incluindo a comprovação de fraudes em programas sociais e levantamento de impostos, bem como a previsão/prevenção de riscos e crimes (IBM, 2013).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o século XX, a Administração Pública no Brasil sofreu diversas transformações. Isto é, a máquina pública mudou de modelo ao longo desse período até os dias atuais,

passando do modelo patrimonialista ao burocrático e depois surgindo a conflito entre os modelos gerencialista e de gestão social, sem perder traços da burocracia weberiana.

Todavia, a evolução entre esses modelos administrativos não retirou traços de cada um. Mesmo com a reforma administrativa o modelo gerencialista ainda não se consolidou, eis que ainda apresenta resquícios do modelo burocrático, do patrimonialismo, bem como de atividades clientelistas, cujo modelo Societal caminha a passos lentos.

Porém, na luta contra exercícios administrativos eivados de violações e práticas arcaicas, o avanço tecnológico surge como ferramenta de melhoria e integração popular na função governamental. Em decorrência da pressão popular em controlar/fiscalizar os atos do Estado, especialmente, no que tange a corrupção, a sociedade começou a exigir mais transparência e *accountability* na gestão da *res publica*.

Promover um governo aberto, através do forte auxílio de Tecnologias da Informação e da Comunicação, é o intuito principal da Administração Pública contemporânea.

A nova Governança, a da Era Digital, fomenta três objetivos essenciais - a reintegração da sociedade e sua participação nos processos de gestão; o desenvolvimento de uma visão sistemática de administração pública, baseada nas necessidades dos usuários; e, por fim, as modificações oriundas da digitalização, com o surgimento de instituições digitais.

Na luta pela democratização da gestão de políticas públicas, surgem novas potencialidades por meio do desenvolvimento tecnológico. Isto acontece frente um contexto social regido pelo crescimento da tecnologia da informação e das comunicações, por meio da utilização de ferramentas aptas a viabilizar e atender as demandas dos cidadãos. Para tanto, utiliza-se do *Big Data*, aplicação que permite aos cidadãos maior participação na provisão de serviços e na identificação de novos que são ofertados pela Administração Pública.

Entretanto, falar sobre acesso à informação remete à abordagem dos direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, que devem ser respeitados através de diretrizes protetivas em relação à divulgação de dados pessoais.

Destarte, a gestão de dados utilizando nas aplicações de *Big Data* é de suma relevância para que a administração pública consiga atuar de forma integrada e flexível e, consequentemente, mais eficiente, com o escopo na obtenção de resultados primordiais para o atendimento das demandas sociais.

Apesar de ainda ser um cenário imaturo, o *Big Data* surge para a Administração Pública como uma iniciativa inovadora com promessa de contribuir, de forma eficaz, na implementação de políticas públicas. Sem dúvidas, o uso adequado e racional das aplicações de análise de dados do *Big Data* na Administração Pública são instrumentos essenciais que permitem aperfeiçoar o controle da gestão estatal.

Neste passo, observa-se que o *Big Data* em auxílio à inteligência artificial, há muito o que contribuir com o controle externo, exercido pelos auditores dos Tribunais de Contas, como também auxilia à sociedade no sentido de fornecer ferramentas para que estes enfrentem a complexidade e gama de volume de dados atualmente disponíveis.

Infere-se nesta esteira, que a evolução concomitante da tecnologia da informação e da comunicação viabiliza aos Tribunais de Contas a implementação de *big data* em suas estruturas, proporcionando, em tempo real, à população maior controle sobre os seus atos e os da Gestão Pública como um todo, reforçando uma cultura participativa e reivindicante de integridade que se somam ao fortalecimento do controle social.

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública**: responsabilidade, metas e diálogo aplicados à Administração Pública do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALONSO, Felix Ruiz. **Direito à privacidade**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de; LAPA, Leonard Renne Guimarães. **Gestão e governança pública para resultados**: uma visão prática. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ASSI, Marcos. **Governança, riscos e compliance**: mudando a conduta nos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.
- BALANIUK, Remis. A mineração de dados como apoio ao controle externo. 2010. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 42, n. 117, p. 77-84. Disponível em: <http://www.fiec.org.br/artigos/administracao/tcu/Miner.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Estado governo**; por uma teoria geral da política. 14.ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 2.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 30 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 4 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 4 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Controle Social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 3. ed. Brasília: Coleção Olho Vivo, 2012.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Levantamento: TC 005.003/2014-8**. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: 4 jun. 2019.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 31 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública.** Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/governanca-no-setor-publico/publicacoes.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Resolução Atricon nº 6/2014.** Aprova as Diretrizes de Controle Externo Atricon 3401/2014 relacionadas à temática “Divulgação de decisões e de pautas de julgamento como instrumento de comunicação dos Tribunais de Contas do Brasil com o público externo de interesse e com a sociedade, integrante do Anexo Único disponível em: [http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon\\_06-2014\\_DCE3401\\_2014\\_Comunicacao.pdf](http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/08/ResolucaoAtricon_06-2014_DCE3401_2014_Comunicacao.pdf). Acesso em: 7 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em: 29 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 31 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm). Acesso em: 31 mai. 2019.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania:** reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34. Brasília: ENAP, 1998.
- CASTRO, Sebastião Helvecio R. C. **Utilização do Big Data no Impacto de Políticas Públicas.** In Anais da Octava Conferência Iberoamericana de Complejidad, Informática y Cibernética, 2018. Disponível em: <http://www.iiis.org/CDs2018/CD2018Spring/papers/CB182EJ.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CHIAVENATTO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração:** uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- DE PAULA, Ana Paula de Paes. **Por uma nova gestão pública:** limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- DIMAGGIO, P., HARGITTAI, E., NEUMAN, W. R., & ROBINSON, J. P. (2001). Social Implications of the internet. **Annual Review of Sociology**, 27, 307-336. doi:10.1146/annurev.soc.27.1.307. Acesso em: 20 jun. 2019.
- DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen; BASTOW, Simon; TINKLER, Jane. New public management is dead – Long live Digital-era Governance. **Journal of Public Administration Research and Theory**. Oxford University Press: September 2005.

- FELISDORIO, Rodrigo Cesar Santos. Inteligência Artificial como ativo Estratégico para a Administração Pública. In: Fake News: Poder de Influência e Formas de Combate/ Inteligência Artificial: como a Tecnologia pode aumentar a eficiência no Setor Público. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, a, XXXV, nº 71, fev. 2019.
- FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. **Revista de Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 114, p.15-29, mar./abr. 2019.
- GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs**: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2018.
- GARTNER IT GLOSSARY. Disponível em: <http://www.gartner.com/it-glossary/big-data>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- GOMES, Elisabeth; BRAGA, Fabiane. **Inteligência Competitiva em tempos de Big Data**: Analisando Informações e Identificando Tendências em Tempo Real. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.
- G1, **Mundo tem 3,2 bilhões de pessoas conectadas à internet, diz UIT**. [Cons. 29 abril 2018]. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/05/mundo-tem-32-bilhoes-de-pessoas-conectadas-internet-diz-uit.html>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- HEEKS, R., & DAVLES, A. Different approaches to information age reform. In: Heeks, R. (Ed.), **Reinventing government in the information age**: International practice in IT -enabled public sector reform. London: Routledge, 1999.
- HURWITZ, Judith; NUGENT, Alan; HALPER, Fern; KAUFMAN, Marcia. **Big Data for Dummies** (para leigos). Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.
- IBM Corporation. International Business Machines Corporation. Addressing government challenges with big data analytics. **IBM Software White Paper**. Somers: IBM Corporation, 2013. Disponível em: <http://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?infotype=SA&subtype=WH&htmlfid=IMW14699USEN>. Acesso em: 10 set. 2014.
- LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- MACHADO, Felipe Nery Rodrigues. **Big Data**: o futuro dos dados e aplicações. São Paulo: Érica, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito Administrativo Brasileiro**. Org.: MEIRELLES, Hely Lopes. 43ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração na era digital**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- OGP. Open Government Partnership. Parceria para Governo Aberto. **O que é a iniciativa?** Disponível em: <http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/iniciativa.asp>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- PALUDO, Augustinho. **Administração Pública para Auditor Fiscal da Receita Federal e Auditor Fiscal do Trabalho**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.
- PASCARELLI FILHO, Mário. **A nova administração pública**: profissionalização, eficiência e governança. São Paulo: DVS Editora, 2011.



- PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (organ.). **Governança Digital**. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014.
- RAMINELLI, Francieli Puntel. **Os governos eletrônico e aberto na era da sustentabilidade multidimensional**: perspectivas sob a ótica da dimensão jurídicopolítica. 2014. Disponível em: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/os\\_governos\\_eletronico\\_e\\_aberto\\_na\\_era\\_da\\_sustentabilidade\\_multidimensional.doc.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista038/os_governos_eletronico_e_aberto_na_era_da_sustentabilidade_multidimensional.doc.pdf). Acesso em: 21 mar. 2019.
- ROMANÍ, Juan Cristóbal Cobo. El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento **Zer: Revista de Estudios de Comunicación**, v. 14, n. 27, ISSN: 1137-1102, p. 295-318, 2009.
- ROTHBERG, Danilo. Contribuições a uma teoria da democracia digital como suporte à formulação de política públicas. **Revista Iberoamericana de Ciência, Tecnología y Sociedad**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 5, n. 14, mai. 2010. Disponível em: <http://www.revistacts.net/files/Volumen%205%20-%20N%C3%BAmero%2014/FINALES/ROTHBERG.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.
- RUSSEL, S.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence**: a modern approach. 3rd ed. London; Pearson, 2009.
- SILVEIRA, Valderi de Andrade. **Considerações sobre o modelo de gestão pública social**. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25178/consideracoes-sobre-omodelo-de-gestao-publica-social#ixzz3k8e3g73V>. Acesso em: 28 mai. 2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho; MOTA, Ana Carolina Vieira. Acesso à Informação Pública. Análise Geral da Lei 12.527/2011. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BATISTA NETO, Antônio Rosalvo (Orgs). **O Direito em Transição**. Ed. Dois de Julho, 2016.
- WEBER, M. **Economía y sociedad**: esbozo de una sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura, 1984.
- WILLIAMSON, B. Knowing public services: cross-sector intermediaries and algorithmic governance in public sector reform. **Public Policy and Administration**, v. 29, n. 4, 2014.
- ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

### Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza

E-mail: [patncss@gmail.com](mailto:patncss@gmail.com)

Pós-doutoranda e Doutora em Direito Público (UFBA). Doutora em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

**Ricardo Maurício Freire Soares**

E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor da Universidade Católica do Salvador, da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Professor-visitante em diversas Instituições, tais como: Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Università degli Studi di Roma Tre, Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Università del Salento, Universidade Autônoma de Lisboa, Universidade do Algarve, Universidad de Burgos e Martin-Luther-Universität. Professor do Curso Brasil Jurídico, do Curso Damásio Educacional, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, da Escola de Magistrados da Bahia e da Fundação Faculdade de Direito. Vinculado a Universidade Federal da Bahia.



# JUSTIÇA COMO EQUIDADE E POLÍTICA FISCAL NO BRASIL

## JUSTICE AS EQUITY AND TAX POLICY IN BRAZIL

Maurício Soares de Sousa Nogueira  
mauricio@rradvocacia.com.br

Jussara Maria Moreno Jacintho  
j.jacintho@uol.com.br

Recebido: 29-11-2017  
Aprovado: 2-6-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Por que devemos prezar a igualdade fiscal? 2. 1 Igualdade fiscal, capacidade contributiva e redistribuição de renda. 3 Desigualdade tributária no Brasil. 3.1 Tributação sobre consumo e regressividade. 4 John Rawls: a ideia de justiça como equidade. 4.1 Justiça fiscal como equidade, progressividade e diminuição substancial das desigualdades. 4.2 Entraves para a necessária justiça fiscal como equidade no Brasil. 4.3 Caminhos para uma justiça fiscal como equidade no Brasil. 5 Considerações finais. 6 Referências.

### Resumo:

O presente trabalho acadêmico parte da premissa de que o sistema tributário será justo apenas se houver equilíbrio entre impostos diretos e indiretos, bem como se houver harmonia entre princípios e valores. O objetivo é analisar se a ideia de justiça como equidade difundida por John Rawls pode servir como premissa para a política fiscal brasileira. O método utilizado será o analítico, tomando como referencial a produção acadêmica sobre o assunto, mais especificamente obras de Ricardo Lobo Torres, Ronald Dworkin e John Rawls. Destarte, a primeira parte do trabalho trará uma breve análise sobre o princípio da igualdade, principalmente no que tange a sua função de

### Abstract:

The present paper starts from the ideia that the tax system will be fair only if there is a balance between direct and indirect taxes, as well as if there is harmony between principles and values. The aim is to elaborate a conception of fiscal justice in Brazil based on the idea of justice as equity spread by John Rawls. It will be used the analytical method, taking as reference the academic production on the subject, more specifically works by Ricardo Lobo Torres, Ronald Dworkin and John Rawls. Thus, the first part of the paper will provide a brief analysis of the principle of equality, especially as regards its role of legitimating the rule of law, as well as the importance of the concept

legitimação do próprio Estado de Direito, bem como sobre a importância do conceito de igualdade tributária no pensamento jurídico do Estado Social de Direito. Após a primeira etapa, será feita uma análise crítica de todo o sistema constitucional tributário brasileiro pós 1988, para concluir, afinal, que nossa política fiscal é injusta, por não haver equilíbrio entre impostos diretos e indiretos, e, principalmente, por não haver a necessária harmonia entre princípios e valores. Na última parte e na conclusão do trabalho, partindo das reflexões explicitadas ao longo do texto, serão apontados alguns caminhos para a justiça tributária no Brasil.

**Palavras-chave:**

Sistema tributário; igualdade; justiça como equidade.

of tax equality in the legal thinking of the Social State of Law. After the first stage, a critical analysis of the entire Brazilian post-1988 constitutional tax system will be done, to conclude, after all, that our fiscal policy is unfair, because there is no balance between direct and indirect taxes, and, mainly, because there is no harmony between principles and values. In the last part and in the conclusion, starting from the reflections explained throughout the text, some paths will be pointed out for a conception of tax justice in Brazil, based on John Rawls' idea of justice as fairness.

**Keywords:**

Tax system; equality; justice as equity.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico parte da premissa de que o sistema tributário será justo apenas se houver equilíbrio entre impostos diretos e indiretos, bem como se houver harmonia entre princípios e valores (TORRES, 1995). Assim, a pretensão perseguida é analisar se a ideia de justiça como equidade difundida por John Rawls pode servir como premissa para a política fiscal brasileira.

Destarte, a primeira parte deste trabalho trará uma breve análise sobre o princípio da igualdade, principalmente no que tange a sua função de legitimação do próprio Estado de Direito. Além disso, será demonstrada a importância do conceito de igualdade tributária no pensamento jurídico do Estado Social de Direito.

Após a primeira etapa, avalia-se a efetividade da Justiça Fiscal no Brasil, refletindo sobre a atual capacidade contributiva do contribuinte brasileiro. A ideia é analisar criticamente o sistema constitucional tributário brasileiro.

Na terceira parte, partindo da ideia de justiça como equidade, difundida por John Rawls, analisaremos se ela pode servir de premissa para a política fiscal brasileira, através de uma tributação mais progressiva, ou seja, através da taxaçoão sobre a propriedade e renda dos contribuintes com maior capacidade contributiva.

Neste sentido, será feita uma breve análise da não regulamentação do artigo da Constituição Federal (CF/88) que trata do Imposto sobre Grandes Fortunas, sob a perspectiva do consenso original, avaliando os prejuízos que esta não regulamentação acarreta.

Este artigo pretende ser, em certa medida, político, na medida em que se deseja identificar as resistências que uma concepção de justiça tributária mais equânime encontra face à predominância de uma tributação regressiva que interessa apenas aos mais ricos do país.

Mas, além dessa dimensão analítica, este trabalho também possui pretensões prescritivas: pretende-se apresentar uma ideia de justiça fiscal como equidade para o Brasil.

## 2. POR QUE DEVEMOS PREZAR A IGUALDADE FISCAL?

A justificativa para tratar de tributos sob o prisma da igualdade e na perspectiva da Filosofia do Direito é a de que “o imposto não é uma questão apenas técnica, mas eminentemente política e filosófica, e sem dúvida a mais importante de todas. Sem impostos, a sociedade não pode ter um destino comum e a ação coletiva é impossível” (PIKETTY, 2014, p. 480).

Neste sentido, é fundamental analisar a questão da tributação sob o prisma da igualdade, justamente para construir um caminho social comum, através da ação coletiva e objetivando a emancipação da humanidade.

A nossa Carta Magna de 1988 dispõe sobre o princípio da igualdade na cabeça do seu artigo 5º e em muitos outros dispositivos, o que demonstra a centralidade e a sua importância no nosso ordenamento jurídico.

Com relação especificamente ao nosso sistema tributário, a ideia aqui defendida é a de que igualdade e capacidade contributiva devem servir de base para a política fiscal do Brasil.

Neste sentido, o principal desafio quando se trata do princípio da igualdade é não o tornar letra morta no nosso sistema constitucional, justamente em função da sua generalidade e abertura conceitual. Além disso, é desafiante saber até que ponto as desigualdades são toleráveis, principalmente em um país tão desigual como o Brasil.

Portanto, a igualdade tributária deve estar no epicentro do pensamento jurídico no Estado social de Direito. Vale mencionar, por sua vez, que “O conceito de igualdade fiscal, vazio que é, recebe o seu conteúdo dos princípios constitucionais vinculados à ideia de justiça” (TORRES, 1995, p. 269).

Apesar de não de se confundirem, igualdade e justiça estão umbilicalmente ligadas. Por sua vez, em se tratando de política fiscal, não se pode falar em justiça sem se falar na distribuição proporcional das cargas fiscais (TORRES, 1995).

Além de necessitar que as cargas fiscais sejam distribuídas proporcionalmente, a política fiscal, para ser justa, deve ter uma função de redistribuição de riquezas. Neste aspecto, a política fiscal, através da arrecadação de tributos e dos gastos transparentes, pode servir para construir um caminho comum para toda a sociedade.

Sem impostos a sociedade não pode trilhar um caminho comum e, apesar das grandes mudanças ocorridas no século XX, o desafio primordial da nossa civilização continua o mesmo: fazer com que os contribuintes possam escolher soberana e democraticamente os recursos que desejam dedicar aos projetos comunitários mais nobres: educação, saúde, aposentadoria, desigualdade, emprego, desenvolvimento sustentável, etc. (PIKETTY, 2014).

Logo, é fundamental investir na elaboração de um sistema fiscal equânime que redistribua riquezas, a fim de trilhar o caminho que leva em direção ao ideal de igualdade que, como já vimos, é um dos objetivos fundamentais do nosso Estado Democrático Social de Direito.

Ocorre que desenvolver um programa justo de redistribuição de riquezas através do sistema tributário não é tarefa das mais fáceis. Na esteira desta perspectiva, com propriedade, Dworkin (2005, p. 309) nos revela:

Pois é impossível descobrir, mesmo em princípio, exatamente quais aspectos da situação econômica da pessoa decorrem de suas escolhas e quais derivam de vantagens ou desvantagens que não foram questões de escolha; e, mesmo que pudéssemos de-

terminar isso para algumas pessoas, individualmente seria impossível desenvolver um sistema tributário, para a nação como um todo, que deixasse intactos os primeiros aspectos e reparasse apenas os últimos.

Mesmo com a impossibilidade de se desenvolver um sistema tributário perfeito, é necessário tentar criar mecanismos fiscais que priorizem reparar as vantagens e desvantagens que não foram questão de escolha dos contribuintes.

Embora não haja solução simples que contemple o conjunto das individualidades, um caminho possível, ainda que detenha limitações, seria a implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF). Além disso, outro caminho seria a introdução da progressividade no Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD).<sup>1</sup>

Mesmo com mecanismos como a taxação das grandes fortunas e das heranças, um programa de redistribuição de riquezas baseado no sistema tributário ainda teria suas imperfeições.

Fato é que, apesar de não saber qual o sistema tributário ideal para atingir o objetivo de igualdade encampado por nossa Carta Constitucional de 1988, devemos fazer um exercício de reexame e aprimoramento da nossa política fiscal. Afinal, como veremos de maneira mais aprofundada nos próximos tópicos, o nosso sistema tributário é ainda bastante regressivo e desigual.

Sobre a necessidade constante de reexame dos programas de redistribuição de renda, Dworkin (2005, p. 309) novamente nos revela que:

Não existe, portanto, um programa completamente justo de redistribuição. Devemos nos contentar com escolher os programas que mais nos aproximam do complexo e inatingível ideal de igualdade, e estar constantemente prontos a reexaminar a escolha quando novas provas ou novos programas forem propostos.

Informações tornadas públicas pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2015), a partir da disponibilização da base de dados “Grandes Números das Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas”, reforçam ainda mais a necessidade do reexame da nossa política fiscal, principalmente quando o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) e outros institutos propõem novos programas de tributação e redistribuição (SALVADOR, 2016), como veremos nos próximos tópicos.

## **2.1. IGUALDADE FISCAL, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA**

Obviamente, esta nova concepção de justiça fiscal brasileira deve ter como parâmetro as limitações ao poder de tributar dispostas na nossa carta cidadã. Não fugindo à regra

---

1 “A implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto na Constituição e não regulamentado até hoje, pode ser uma oportunidade para a prática da justiça tributária, aplicando corretamente o princípio constitucional da capacidade contributiva, onerando o patrimônio dos mais ricos no país. De forma complementar ao IGF, deve ser introduzida a progressividade no Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), adotando-se, a exemplo do IR, uma faixa de isenção e uma tabela progressiva de contribuição, conforme o valor do bem doado ou transmitido” (SALVADOR, 2016, p. 44).

das Constituições modernas, a Constituição de 88, principalmente no que diz respeito ao parágrafo primeiro do artigo 145<sup>2</sup>, pressupõe a observância do poder econômico de cada contribuinte, para contribuir de acordo com suas possibilidades, resguardando sempre o mínimo existencial.

A atual crise do capitalismo brasileiro deixa em evidência o problema sistêmico do aumento acelerado da linha de pobreza. Surge daí a necessidade emergencial de buscar uma forma de buscar o ideal de igualdade através da redistribuição de renda pela adequação da nossa política fiscal.

Certo é que, mesmo com todas as limitações, um mecanismo mais abrangente de transferência como um imposto de renda negativo tende a ser mais justo que programas direcionados que oferecem determinados recursos aos que mais precisam (DWORKIN, 2005).

Além disso, diante da situação de grave crise por que passa o Brasil, consiste em ameaça à igualdade a ausência de tributação do patrimônio e da renda dos mais ricos, que ainda usufruem gratuitamente de serviços públicos que poderiam custear, como é o caso das universidades públicas.

É forçoso reconhecer que muitos economistas criticam a redistribuição de renda a partir da progressividade dos impostos. Sobre os problemas de uma taxaçoão progressiva, Dillard (1986) afirma:

Outro inconveniente da taxaçoão fortemente progressiva é o perigo de que possa repercutir desfavoravelmente sobre o incentivo ao investimento particular. O investimento particular é um processo que amiúde não se subordina ao cálculo racional. Depende em grau considerável do estado de confiança e de otimismo espontâneo da comunidade dos negócios. A taxaçoão fortemente progressiva é um elemento que tende a deprimir a confiança dos negócios e a inibir o otimismo espontâneo (DILLARD, p. 104).

A maneira de responder essas críticas é afirmar que, em longo prazo, um sistema tributário mais justo tornaria a economia mais próspera, o que geraria mais empregos e mais dinheiro para todos.

Neste sentido, “Se a política fiscal for usada como um instrumento deliberado para conseguir maior igualdade na distribuição das rendas, seu efeito sobre o aumento da propensão a consumir será, naturalmente, tanto maior” (KEYNES, 1996, p. 117).

Apesar da dificuldade de atingir a utopia da igualdade aqui apontada, é evidente que o Brasil está descumprindo suas exigências mais básicas. Um grande número de desempregados está sendo prejudicado dia após dia por uma sobrecarga de impostos indiretos como o Imposto sobre Circulaçoão de Mercadorias e Prestaçoão de Serviços (ICMS), que oneram mais ainda produtos alimentícios essenciais.

---

2 “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuiçoão de melhoria, decorrente de obras públicas.

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (BRASIL, 1988, art. 145).

Logo, “A igualdade de recursos exigiria mais, não menos redistribuição do que oferecemos agora” (DWORKIN, 2005, p. 310).<sup>3</sup>

Diante da escassez de recursos públicos, é imprescindível promover políticas públicas que efetivem os direitos sociais, sendo a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) mais uma das opções aqui apresentadas para incrementar seu financiamento.

Portanto, naquilo que implica a ideia de igualdade fiscal aqui apresentada, deve-se ter como premissa que “a igualdade estará comprometida se o sistema tributário não for justo em sua totalidade, com equilíbrio entre impostos diretos e indiretos e entre princípios e valores” (TORRES, 1995, p. 269).<sup>4</sup>

Por tudo que foi exposto até aqui, resta claro que em respeito ao metaprincípio da igualdade, algumas técnicas devem ser utilizadas para promover a justiça tributária, como é o caso da já mencionada capacidade contributiva, elemento bastante ligado à equidade.

Quando o princípio da capacidade contributiva não é respeitado de maneira satisfatória, o resultado é uma política fiscal regressiva, injusta e desigual. É o que será debatido na última parte desta pesquisa.

### 3. DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL

Depois de discutirmos a razão de termos que prezar a igualdade fiscal no Brasil, necessário se faz analisar a razão da nossa política fiscal ser considerada desigual e injusta, sempre na perspectiva da premissa adotada neste trabalho relacionada ao equilíbrio entre impostos diretos e indiretos.

Neste sentido, os casos mais graves relacionados à desigualdade da nossa política fiscal estão por trás da tributação indireta, da baixa tributação sobre o lucro e da baixa progressividade do Imposto de Renda (IR) no país.

Essa reorientação da tributação em favor do capital e dos mais ricos, com a diminuição da progressividade, repetiu-se em diferentes doses em quase todos os países desenvolvidos entre 1980 e 2010 e explica em parte o crescimento da desigualdade social do período (PIKETTY, SAEZ E ZUCMAN, 2013).

Tal reorientação atingiu o Brasil em cheio, tornando a política fiscal brasileira injusta, em razão de grande parte da arrecadação basear-se nos tributos indiretos, sem qualquer atenção à capacidade contributiva.

Este modelo fiscal que predomina no país deve ser revisado, principalmente em um contexto de crise como o atual. Com relação à perversão da tributação sobre o consumo no Brasil, Luchiezi e Maria (2010) nos revelam que:

3 “Os dados da Receita Federal revelam a gravidade da questão a ser enfrentada, pois do montante de R\$ 5,8 trilhões de patrimônio informados ao Fisco (não se considera aqui a sonegação), em 2013, 41,56% eram de propriedade de apenas 726.725 pessoas, com rendimentos acima de 40 salários mínimos. Isto é, 0,36% da população brasileira detém um patrimônio equivalente a 45,54% do PIB do Brasil e com baixíssima tributação. Considera-se, ainda, que essa concentração de renda e patrimônio está praticamente em cinco estados da federação: SP, RJ, MG, RS e PR, agravando ainda mais as desigualdades regionais do país” (SALVADOR, 2016, p. 43).

4 O critério utilizado para diferenciar os impostos diretos e indiretos neste trabalho é o da capacidade contributiva. Esse critério “aponta a relação entre a incidência tributária e a riqueza do contribuinte por ela atingida: se a expropriação se dá *diretamente*, o tributo é direto (exemplos: patrimônio, renda); caso a riqueza seja atingida de forma apenas *indireta*, o tributo é considerado ‘indireto’ (exemplos: consumo, transferência de bens)” (ANDRADE; BARROS, 2013, p. 268).

A forte incidência da tributação sobre o consumo é perversa opção da política econômica brasileira. Ela encarece os bens e serviços, comprimindo a demanda, com consequências negativas sobre a produção, a oferta de empregos e o crescimento econômico do País. Reduz a capacidade de consumo das famílias de rendas média e baixa (LUCHEZI; MARIA, p. 140).

Vemos, portanto, que a questão da tributação indireta no Brasil afeta toda a economia, atingindo principalmente a camada mais pobre da população quando faz aumentar o preço de bens de primeira necessidade.

### 3.1. TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO E REGRESSIVIDADE

Neste rumo, a tributação sobre o consumo, como praticada no país, implica desrespeito ao princípio da transparência e gera regressividade da carga tributária, na medida em que quem menos auferir renda, e conseqüentemente tiver uma parcela maior de comprometimento desta renda com o consumo, pagará mais impostos proporcionalmente que aquele mais abastado e de maior capacidade de poupança (PINTO, 2013).

A conclusão que se extrai é que, em razão da matriz tributária brasileira ser baseada nos tributos indiretos, os mais pobres são mais atingidos pela tributação do que os ricos, contrariando o § 1o do art. 145 da Constituição de 1988 que trata da capacidade contributiva (PINTO, 2013)<sup>5</sup>.

Ainda a respeito dos efeitos maléficos da tributação indireta no Brasil, necessário se faz analisar estudo publicado pela Secretaria da Receita Federal, apontando a prevalência dos tributos indiretos na arrecadação brasileira em 2014.

Assim, enquanto as pessoas jurídicas pagaram o equivalente a 109 bilhões de reais (5,9% do total) a título de Imposto de Renda, as pessoas físicas recolheram 25,7 bilhões (1,4% do total), ou seja, 4,2 vezes menos. Já o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual (ICMS, a cargo de empresas), foi o imposto que mais arrecadou, com o montante de 384,2 bilhões de reais (20,8% do total) (BRASIL, 2015).

Outra consequência nefasta da predominância da tributação indireta no Brasil é a ínfima tributação do patrimônio dos contribuintes brasileiros: somente 1,4% do PIB, o que equivale a 4,18% da arrecadação tributária realizada em 2011.

Neste aspecto, o Brasil segue na contramão dos principais países desenvolvidos, visto que em diversas nações os tributos sobre o patrimônio representam mais de 10% da arrecadação tributária, como, por exemplo, no Canadá (10%), no Japão (10,3%), na Coreia (11,8%), na Grã-Bretanha (11,9%) e nos EUA (12,15%) (OWENS, 2005).

Como se não bastasse, o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) destacou o impacto desta regressividade dos tributos nas desigualdades de gênero e raça, demonstrando que são as mulheres negras, sobretudo, as que arcam com o maior ônus do pagamento de tributos indiretos em relação aos homens brancos (SALVADOR, 2014).

---

5 Contudo, há quem defenda os impostos indiretos. Hume, em seu conhecido ensaio sobre impostos, defendeu com veemência a tributação indireta. De maneira conservadora, afirmou que os impostos sobre o consumo deveriam ser pesados e recolhidos de maneira forte para que o trabalhador não fosse capaz de custeá-los – mediante aumento da operosidade – sem aumentar o preço do seu trabalho (ENGELS, 2015).



A esta altura, resta claro que uma concepção normativa e apenas formal de igualdade não nos interessa. A ideia aqui defendida é a de que, para haver justiça fiscal, deve haver uma distribuição equitativa das cargas fiscais.

Um modelo formal e apenas normativo de igualdade acaba beneficiando e servindo aos interesses do homem branco, proprietário e cidadão. O metadireito da igualdade, que a princípio significa o tratamento igual perante a lei, deve também servir para reduzir substancialmente as desigualdades econômicas através dos direitos fundamentais sociais (FER-RAJOLI, 1999).

Ainda com relação à ínfima tributação do patrimônio dos contribuintes brasileiros, vale mencionar que, apesar da forte presença de latifúndios no Brasil, cobra-se um imposto irrisório sobre as propriedades rurais. Os dados da Receita Federal revelam que o Imposto Territorial Rural (ITR) teve uma arrecadação de 0,01% do PIB em 2014 (BRASIL, 2015).

Com relação ao Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), apesar de a Constituição insistir no caráter progressivo deste tributo, o que tem acontecido na prática é o estabelecimento de alíquotas neutras na cobrança deste imposto (SILVEIRA, 2013).

Isso sem falar da não regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), que será tratada no próximo tópico.

Por fim, a não existência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os lucros e dividendos permite uma redução da base tributária do IR e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Tais rendimentos são tributados a 15% de forma exclusiva, não havendo necessidade de o contribuinte fazer qualquer ajuste na Declaração Anual do IR.

Resta claro, portanto, que não existe verdadeira equidade em nossa política fiscal. A predominância da tributação indireta representa uma barreira para a efetivação da justiça fiscal no Brasil.

Tanto os dados divulgados pela Receita Federal aqui apresentados quanto o entendimento dos autores citados permitem inferir que a política fiscal colocada em prática pelo Estado brasileiro é desigual e injusta. Isso porque não existe equilíbrio entre impostos diretos e indiretos.

Neste sentido, propõe-se que uma correção de rota na nossa política fiscal concorria com o objetivo de perseguir o ideal da igualdade através do respeito ao princípio da capacidade contributiva.

Portanto, a partir da compreensão de que uma política fiscal regressiva é um entrave para o pleno exercício da liberdade e uma ameaça ao mínimo existencial de grande parte dos contribuintes, é possível concluir que a correção de rota mencionada acima passa pela transformação da matriz tributária de exações de índole indireta para direta.

Vê-se, pois, com temor, o movimento nacional de favorecimento dos mais ricos com essa política fiscal regressiva, numa tentativa clara de reafirmação do mercado como “regulador” das relações, sobrepondo a retrógrada visão apenas normativa da igualdade em detrimento da tão almejada justiça fiscal como equidade.

#### **4. JOHN RAWLS: A IDEIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE**

Como dito na introdução, a pretensão deste trabalho é analisar se a concepção de justiça como equidade difundida por John Rawls pode servir para apresentar caminhos para uma política fiscal mais justa no Brasil.

Este modelo de justiça como equidade é baseado na ideia de consenso original, onde os princípios de justiça que norteariam a sociedade seriam escolhidos em uma posição inicial de igualdade. Com relação a essa maneira de considerar os princípios da justiça, Rawls (1997, p. 12) nos revela que:

São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios de justiça eu chamarei de justiça como equidade.

O Brasil, apesar de ser uma das dez maiores economias do mundo, também figura no ranking das piores distribuições de renda do planeta. Além disso, o número de pobres no Brasil ainda é enorme, enquanto o número de desempregados só aumenta nesta quadra histórica (LUCHIEZI; MARIA, 2010).

#### **4.1. JUSTIÇA FISCAL COMO EQUIDADE, PROGRESSIVIDADE E DIMINUIÇÃO SUBSTANCIAL DAS DESIGUALDADES**

Diante do exposto, é possível perceber que em uma posição inicial de liberdade equitativa, em se tratando da estrutura básica da política fiscal de uma determinada sociedade, a progressividade apresenta-se como um princípio mais adequado ao combate às desigualdades em uma nação, enquanto o princípio da regressividade tende a embasar políticas que reforçam as assimetrias estruturantes da composição social de um país como o Brasil.

Sobre os impostos indiretos, ou seja, sobre o consumo, Piketty (2014, p. 481) arre-mata que:

Os impostos sobre o consumo compreendem, hoje em dia, a taxação sobre o valor agregado e as diversas taxas sobre a importação, as bebidas, os combustíveis, o tabaco, ou um bem ou serviço em particular. Esses impostos existem desde sempre e são muitas vezes os mais detestados e os mais onerosos para as classes populares, como a gabela (imposto sobre o sal) no Antigo Regime. Com frequência dizemos que eles são indiretos, no sentido de que não dependem diretamente da renda ou do capital do contribuinte individual: são pagos de forma indireta, por intermédio do preço de venda, quando fazemos compras.

Assim, caso a intenção do legislador fosse combater a desigualdade social, é possível concluir que sob o véu da ignorância, ou seja, sem saber que posição ocuparíamos na sociedade, mas sabendo que a chance de ser pobre no Brasil é enorme, jamais escolheríamos racionalmente uma matriz tributária baseada em impostos indiretos, em detrimento de uma matriz que taxasse mais a renda e a propriedade dos contribuintes. Sobre o chamado “véu da ignorância”, Rawls (1997, p. 13) explica:

Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo.

Por sua vez, a equidade em matéria tributária está ligada à ideia da capacidade contributiva, ou seja, na busca pela graduação da tributação de acordo com a renda de cada contribuinte. Logo, os ricos devem pagar mais impostos e os pobres, menos (TORRES, 1995).

Neste sentido é que, em uma situação de consenso equitativo para a escolha de princípios que norteiem nossa política fiscal, serão formulados regulamentos e normas que garantam uma política fiscal justa e que barrem uma tributação regressiva, possibilitando assim o pleno exercício da liberdade no Estado Social Fiscal.

Naturalmente, “se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o princípio contrário” (RAWLS, 1997, p. 21).

Logo, principalmente em um país tão pobre como o Brasil, em que nascer nas classes abastadas é privilégio de poucos, sob o véu da ignorância provavelmente seriam escolhidos pelo menos alguns princípios tributários em favor do bem estar social geral, ou seja, que privilegiassem a redistribuição de renda.

Podemos citar como exemplos os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco, visto que “Também a opção pela tributação preferencialmente direta visa a observar a capacidade contributiva individual e a transparência” (SALVADOR, 2016, p. 44).

Portanto, a tese defendida neste trabalho é a de que uma concepção de justiça tributária como equidade tem uma identidade essencial com a ideia de uma arrecadação progressiva.

## 4.2. ENTRAVES PARA A NECESSÁRIA JUSTIÇA FISCAL COMO EQUIDADE NO BRASIL

Vários países do mundo vivenciaram<sup>6</sup>, nas últimas décadas, muito em virtude da concorrência fiscal gerada pela livre circulação do capital, experiências relacionadas ao crescimento exponencial de regimes derogatórios em relação à renda do capital, fazendo com que esses valores escapem do cálculo de progressividade do Imposto de Renda.

No Brasil não foi diferente.<sup>7</sup> As informações tornadas públicas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), a partir da disponibilização da base de dados “Grandes Números das Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas”, reforçam ainda mais

---

6 “Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América (EUA), as alíquotas máximas do IR ultrapassaram 90 por cento nos anos de 1940 e aí permaneceram por algumas décadas. É interessante notar como a experiência “confiscatória” desse período marcou profundamente as elites anglo-saxãs e ajuda a compreender as raízes da revolução conservadora dos anos 1980, particularmente as propostas de corte de impostos para os mais ricos nos EUA e no Reino Unido, fundamentadas nas teses *supply-sides*, como a curva de Laffer, segundo a qual, a partir de certo ponto, aumentos de impostos gerariam redução de receita, porque desestimulariam o trabalho e o investimento” (GOBETTY; ORAIR, 2016, p. 2).

7 “Contudo, é interessante assinalar que nem mesmo Reagan e Bush conseguiram fazer o que o governo brasileiro fez em 1995, ao isentar completamente os lucros e dividendos” (GOBETTY; ORAIR, 2016, p. 3).

a injustiça da nossa política fiscal, pois mesmo o IR, que deveria ser o fiador de um sistema tributário mais justo, acaba contribuindo para maior concentração de renda e riqueza no país (SALVADOR, 2016).

Os dados da Receita Federal revelam o grau da concentração de riqueza no Brasil. Do montante de R\$ 5,8 trilhões de patrimônio informados ao fisco (não se considera aqui a sonegação), em 2013, 41,56% eram de propriedade de apenas 726.725 pessoas, com rendimentos acima de 40 salários mínimos. Isto é, 0,36% da população brasileira detém um patrimônio equivalente a 45,54% do PIB do Brasil, e com baixíssima tributação (SALVADOR, 2016).

Com toda essa desigualdade existente no Brasil, é fundamental que o sistema tributário sirva também para compensar tais discrepâncias. É necessário que existam benefícios compensatórios para os mais pobres através do sistema tributário. Tal ideia está ligada à de justiça como equidade. A esse respeito, Rawls (1997, p. 16) assinala:

Sustentarei, ao contrário, que as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos.

Pensando exatamente em um benefício compensatório resultante da desigualdade econômica é que se faz necessário, por exemplo, abordar a questão da não regulamentação do artigo que trata do Imposto sobre Grandes Fortunas.

O dispositivo que trata do IGF é um avanço em se tratando de justiça fiscal. Ocorre que setores da sociedade usam a não regulamentação de tal dispositivo como estratégia para impedir que tal avanço seja concretizado. Isso porque, apesar de existirem projetos de lei que versem sobre a instituição deste tributo, nenhum deles até hoje foi aprovado.

Ao prever que uma lei complementar regularia a cobrança do imposto, a Constituição apenas autorizou o governo a cobrá-lo, o que nunca foi feito (LARCHER, 2015).

Inegavelmente, a despeito do avanço que tal artigo representa no que diz respeito à busca de uma política fiscal mais justa, a não regulamentação de tal dispositivo é uma prova da força dos mais ricos, reconhecidamente prejudicial à concretização da justiça fiscal por equidade no nosso país, notadamente em sendo o Brasil um local histórica e hodiernamente formado por diversas estruturas elitistas e excludentes.

Percebe-se claramente que o maior entrave relacionado ao IGF como instrumento de busca pela justiça fiscal é a omissão do Congresso Nacional brasileiro em regulamentar tal dispositivo. Tal omissão, por sua vez, é gerada pela influência de interesses econômicos nos nossos parlamentares.

Tais interesses econômicos não influenciariam em grau tão elevado em uma situação inicial de igualdade em que pessoas racionais escolheriam os princípios sem saber da posição que ocupariam na sociedade. Esse é centro da ideia de justiça fiscal como equidade.

#### **4.3. CAMINHOS PARA UMA JUSTIÇA FISCAL COMO EQUIDADE NO BRASIL**

Por tudo que já foi exposto ao longo desta pesquisa, já é possível enxergar alguns caminhos que seriam trilhados sob um véu de ignorância, ou seja, através de um consenso

ou ajuste equitativo para uma reforma tributária que torne a política fiscal brasileira mais justa e equânime.

Dentre essas escolhas, provavelmente estariam: o fim da possibilidade de remunerar com juros o capital próprio das empresas, reduzindo-lhes o Imposto de Renda e a CSLL; o fim da isenção de IR à distribuição dos lucros e dividendos na remessa de lucros e dividendos ao exterior e nas aplicações financeiras de investidores estrangeiros no Brasil; a reorientação da tributação para que ela incida prioritariamente sobre o patrimônio e a renda dos contribuintes (SALVADOR, 2016).

Além disso: implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto na Constituição e não regulamentado até hoje; introdução da progressividade no Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD); tributação dos bens e produtos de forma seletiva em função de sua essencialidade, taxando-se mais os bens supérfluos e menos os produtos essenciais à vida (SALVADOR, 2016).

A ideia defendida aqui é que os princípios acima expostos seriam escolhidos por pessoas racionais sob um véu da ignorância e em condições iniciais de igualdade, visto que tais princípios respeitam à capacidade contributiva individual e à transparência, sendo, portanto, equânimes.

Com relação à tributação indireta, o instrumento mais adequado para atingir a capacidade contributiva do consumidor é o princípio da seletividade, que se materializa pela variação de alíquotas em função da essencialidade do produto ou da mercadoria. Tal princípio confere justiça aos impostos indiretos por auferir o índice de riqueza do contribuinte de fato, a partir do grau de indispensabilidade do bem consumido (RIBEIRO, 2013).

De um modo geral, todos esses princípios que em tese seriam escolhidos em uma condição hipotética de igualdade inicial podem servir de inspiração para o Brasil e traduzem uma concepção de justiça fiscal como equidade enquanto alternativa para a construção da cidadania, além de enfatizar o papel que o Estado Fiscal moderno pode ter na redistribuição da renda.

Essa concepção de justiça fiscal como equidade é um caminho possível na busca pela justa tributação no Brasil, notadamente em face da concepção política quanto à liberdade no Estado Fiscal de Direito, o respeito pela Constituição de 1988, a importância central da política fiscal na distribuição de renda e, conseqüentemente, o distinto impacto e ampliações que tais garantias engendrariam no tocante à concretização dos direitos fundamentais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico avaliou, inicialmente, o princípio da igualdade, principalmente no que tange a sua função de legitimação do próprio Estado de Direito. Além disso, foi debatida a importância do conceito de igualdade tributária no pensamento jurídico do Estado Social de Direito, visto que os impostos são essenciais para pavimentar um destino comum para a sociedade.

Tratou-se, posteriormente, de fazer uma análise da efetividade da justiça fiscal no Brasil, bem como da tensão existente entre texto constitucional e realidade factual, avaliando a concretização substancial da parte do texto constitucional que trata do princípio da igualdade, concluindo-se, afinal, que nossa política fiscal é injusta, ou seja, que há grande desequilíbrio entre impostos diretos e indiretos, e, principalmente, não há harmonia entre princípios e valores.

Desenvolveu-se também uma análise crítica mais específica sobre a desigualdade da nossa política fiscal, tendo-se constatado que uma política fiscal regressiva é um entrave para o pleno exercício da liberdade e uma ameaça ao mínimo existencial de grande parte dos contribuintes.

Assim, a hipótese de que a ideia de justiça como equidade difundida por John Rawls pode servir de premissa para que a política fiscal do Brasil se torne mais justa foi confirmada pelos seguintes aspectos:

a) tornaria a matriz tributária mais progressiva, ou seja, com mais exações de índole direta sobre a propriedade e renda dos contribuintes com maior capacidade contributiva;

b) obedeceria à lógica dos direitos fundamentais que serve de base para o Estado Fiscal/Social moderno;

c) tornaria o tributo instrumento de realização de justiça, fazendo com que a igualdade no tratamento tributário deixasse de ser apenas formal, passando a ser materialmente uma ferramenta de redistribuição de riquezas.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Maria Arruda de; BARROS; Maurício; MACHADO, Hugo de Brito (org.) **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BRASIL. **Constituição**, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2017. BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Carga tributária no Brasil 2014: análise por tributos e base de incidência. Publicado em 29 out. 2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-a-duaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>. Acesso em: 05 abr. 2016.

DILLARD, Dudley. **A teoria econômica de John Maynard Keynes**: teoria de uma economia monetária. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

DUE, John F. **Tributação indireta nas economias em desenvolvimento**. Trad. Camila Perret. São Paulo: Perspectiva, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**. São Paulo: Boitempo, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GOBETTY, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Tributação e distribuição de renda no Brasil**: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. Brasília: IPC-IG, 2016.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça Fiscal e mínimo existencial. In: **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.



- LARCHER, Marcello. **O Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/agencia/flash/1297165731e.swf>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- LUCHIEZI, Álvaro Jr. E. e MARIA, Elizabeth de Jesus. **Tributação no Brasil**: em busca da justiça fiscal. Brasília: Sindifisconacional, 2010.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. (2004). **O Dever Fundamental de Pagar o Justo Tributo**. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em: 06 fev. 2004.
- OWENS, Jeffrey. **Fundamental tax reform: an international perspective**. Paris: OECDs. Centre for Tax Policy & Administration, 2005.
- PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PIKETTY, T.; SAEZ, E.; ZUCMAN, G. **Rethinking capital and wealth taxation**. Mimeo, 2013.
- PINTO, Adriano; MACHADO, Hugo de Brito (org.) **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi; MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SALVADOR, Evilasio. **As implicações do sistema tributário brasileiro nas desigualdades de renda**. Brasília: Inesc, 2014.
- SALVADOR, Evilasio. **Perfil da Desigualdade e da Injustiça Tributária**. Brasília: Inesc, 2016.
- SANCHES, J. L. Saldanha. **Justiça fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- SILVEIRA, Fernando; REZENDE, Fernando; AFONSO, José; FERREIRA, Jhonatan. **Fiscal equity: distributional impacts of taxation and social spending in Brazil**. Brasília, International Policy Centre for Inclusive Growth (IPC-IG), Working Paper n. 115, out. 2013.
- SMITH, Adam. (2005). **Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Lisboa: C. Gulbenkian, 1983, 2 v.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

### **Maurício Soares de Sousa Nogueira**

mauricio@rradvocacia.com.br

Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2011), MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Atualmente professor de Direito Tributário da Universidade Federal de Sergipe.



**Jussara Maria Moreno Jacintho**

j.jacintho@uol.com.br

Doutora em Direito Constitucional, pela PUC/SP (2003) ,mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1996),especialização em Direito Civil pela FGV/RJ, e é graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1988) . Atualmente é professora adjunta de direito constitucional e de Direito Urbanístico do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. É professora do Mestrado em Direito da UFS, assim como do mestrado profissional em Administração Pública - Rede Profiap. Tem experiência na área de Direito do Estado, com ênfase em Direitos Fundamentais atuando principalmente nos seguintes temas: Direito constitucional; direito administrativo, urbanístico e tributário. Tem também atuação na área de orçamento público. Já coordenou projetos de pesquisa na área de direito público e atualmente. É membro eleita da CPPD, assim como da CPA -setorial da UFS. Participou de bancas de mestrado e tem dado aulas em cursos de especialização no Estado de São Paulo e no Nordeste.

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS:

EFICIÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

# CONSTITUTIONALITY CONTROL OF BUDGET LAWS:

EFFICIENCY AND DEMOCRATIC PARTICIPATION

Leila Maria Bijos  
leilabijos@gmail.com

Benjamin Tabak  
benjamin.tabak@gmail.com

César Augusto Nardelli Costa  
cesar.nardelli@gmail.com

Recebido: 15-5-2018

Aprovado: 7-5-2019

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Do Controle de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – Da Possibilidade Teórica à Intervenção Judicial. 3 Eficiência e Participação Democrática. 4 Considerações finais. 5 Referências.

## RESUMO:

Trata-se de artigo que expõe a evolução paradigmática do controle de constitucionalidade das leis de natureza orçamentária no entendimento do Supremo Tribunal Federal e em que medida os instrumentos teóricos da Análise Econômica do Direito (AED) podem servir para avaliar a adequação constitucional da legislação confrontada. Após a virada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da MC em ADI 4.048/DF, vários tribunais brasileiros passaram a admitir que as leis orçamentárias fossem objeto de exame de constitu-

## ABSTRACT:

It is an article that exposes the paradigmatic evolution of the control of constitutionality of laws of budgetary nature in the understanding of the Federal Supreme Court (STF) and to what extent the theoretical instruments of the Economic Analysis of Law (AED) used to evaluate the constitutional adequacy of the legislation. After the STF leading case of MC-ADI 4.048 / DF, several Brazilian courts admitted judicial review of budgetary laws. A fertile field of action for the judicial intervention arises and the challenge imposes a multidisciplinary

dade. Surge campo fecundo de atuação para os órgãos de intervenção jurisdicional e o desafio impõe abordagem multidisciplinar para a avaliação e eventual correção do Orçamento Público.

**Palavras-Chave:**

Leis orçamentárias. Controle de Constitucionalidade. Análise Econômica do Direito.

approach for the evaluation and eventual correction of the Public Budget.

**Keywords:**

Public Budget; Constitutionality Control; Economic Analysis of Law

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito brasileiro vem experimentando uma evolução institucional que sucessivamente revisa alguns pilares da divisão político-jurídica das funções do Estado. Ao longo dessas décadas, discute-se em que medida o Legislador está vinculado às normas constitucionais e quais os limites de interferência jurisdicional na legitimidade das escolhas valorativas expostas na legislação ordinária<sup>1</sup>.

Tradicionalmente, as leis de conteúdo orçamentário eram entendidas como atos administrativos concretos, apenas revestidos de forma de lei.

Excluir a possibilidade de impugnação dos atos normativos que determinam a alocação de recursos públicos e definem quais os programas podem ser atendidos importa séria restrição à supremacia da Constituição Federal, permitindo ao poder político circunstancial o completo arbítrio sobre as políticas públicas e os gastos a serem atendidos naquele período<sup>2</sup>.

---

1 "E tudo assim caminhou no período entre 1988 e 1993, cristalizando-se a na comunidade jurídica que o papel da Suprema Corte deveria ficar restrito ao controle jurisdicional da constitucionalidade de forma incidental às causas que lhe fossem admitidas, e que o seu controle concentrado ficaria restrito ao papel de legislador negativo(...)": p. 316 e "A partir daí passou-se a aceitar, com certa tranquilidade, o papel legislativo, até mesmo positivo, do Supremo Tribunal Federal, através de leis ordinárias que concediam efeitos vinculantes às decisões não só do mais alto Tribunal como até mesmo dos demais tribunais superiores." 2) Ver também CELSO DE MELLO: 2009. p. 537. "O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, sempre, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo – é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição."

2 "A Lei orçamentária não é uma peça de ficção, mas um verdadeiro instrumento do exercício da cidadania. Nela está refletido o programa de ação governamental que, por sua vez, deve refletir a vontade média da população, o que implica o exercício da inteligência e criatividade para eleger as prioridades da sociedade, tendo em vista as necessidades públicas cada vez mais crescentes, sem que haja crescimento proporcional do PIB." HARADA:2013. p. 125.

Apresenta-se no julgamento da Medida Cautelar em ADIN n. 4.048-1/DF do Supremo Tribunal Federal as balizas jurisprudenciais para – de modo inovador – enfrentar a patente inadequação de dispositivos de Medidas Provisórias e de Leis em sentido estrito que determinem despesas públicas em desacordo com a Constituição Federal. Superou-se um arraigado consenso jurisprudencial, que carregava uma noção de intangibilidade da discricionariedade administrativa, a qual, gradativamente, perde força face às produções que reconhecem graus de vinculação na alocação de recursos pelo Estado.

Aceito o pressuposto dessa nova forma de intervenção jurisdicional, abre-se um fecundo campo de valoração jurídica em que a multidisciplinaridade exerce papel fundamental. Com o auxílio da Análise Econômica do Direito (AED), a discussão acerca da constitucionalidade das leis de natureza orçamentária pode ultrapassar a mera avaliação de seus requisitos formais. Aprofunda-se o exame substancial da alocação de recursos e do desvio que transborde a constitucionalidade.

Por evidente, dever-se-á discutir a própria discricionariedade administrativa na edição das leis orçamentárias e a sua vinculação aos parâmetros constitucionais, pois como descreve Abraham (2016): “o orçamento público não é pautado primordialmente por deliberações de natureza política e discricionária, mas sim por diretivas constitucionais, sendo impositivo na elaboração e na execução”.

Se, por um lado, reconhece-se a margem de apreciação valorativa dos mandatários eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo, por outro, há de se observar que o poder que lhes é conferido para a alocação de recursos públicos assim o é para o estrito cumprimento das finalidades constitucionais. Alocação esta que deve atender a critério de eficiências globais, que podem ser mensurados com o auxílio da AED e podem ser objeto de apreciação judicial sem que isso implique em perda de legitimidade ou mesmo depreciação do interesse público. A exigência de constitucionalidade na edição da norma orçamentária pela intervenção jurisdicional leva à própria eficiência da Administração. Como destacou Costa (2016, p. 362), “as instituições tendem a evoluir juntas: quando uma está em seu ápice, as outras geralmente também estão”.

Registre-se que as leis orçamentárias traduzem efetiva implementação de políticas públicas e a intervenção jurisprudencial exige o alerta dos riscos do anunciado ativismo judicial, sob pena de substituir-se a apreciação subjetiva legítima do Poder Político. Como destaca Luciano Ávila Coelho:

Quando o judiciário brasileiro é acionado com o escopo de examinar o grau de eficiência de determinada política pública já implementada ou para corrigi-la sob o fundamento de falta de efetividade de seus resultados, dificilmente – quase nunca – são utilizados ou enfrentados pelos agentes da judicialização (destacadamente o autor da ação e o órgão julgador), argumentos efetivamente comprometidos com a reconstrução técnica e racional da política pública confrontada (AVILA, 2016, p. 159)

Trata o presente ensaio dessa provocação teórica e desse campo fecundo para a intervenção jurisdicional, em especial no cumprimento da missão institucional do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

## 2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS – DA POSSIBILIDADE TEÓRICA À INTERVENÇÃO JUDICIAL

Por vários anos, vigorou entendimento no Supremo Tribunal Federal de que Leis em sentido formal e que traduzissem atos administrativos concretos não poderiam ser avaliadas pelo Poder Judiciário em sede de Ação Direta de Constitucionalidade (STF - ADI 203 AGR, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1990). São exemplos: a Lei que cria uma autarquia ou que declara a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação.

A justificativa decorreria da função compreendida para esse instrumento de controle político-jurídico, que seria a tutela da ordem constitucional diante de conflito abstrato com o ato normativo. Sem vincular-se, portanto, a relações jurídicas de caráter individual ou concreto. As leis que tenham destinatários já definidos e certos não traduziriam densidade normativa suficiente para o Controle Concentrado de Constitucionalidade, pois seria avaliação típica da jurisdição ordinária, ainda que oriundo de um processo legislativo formalmente adequado.

Ocorre que a tese construída para rejeitar a impugnação de constitucionalidade dos atos administrativos concretos em sede de ADI não poderia igualmente excluir os atos normativos que a própria Constituição Federal exigiu a sua edição pela forma de lei. De outro lado, também não se pode deixar de conhecer a demanda apresentada em hipótese que o legislador legitimamente competente optou por fazê-lo pelo rígido procedimento de criação de lei (MENDES, 2008, p. 1117-1118).

Então majoritária, a posição de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não poderia servir ao questionamento das citadas leis de efeitos concretos implicava interpretação restritiva dos artigos 102, I, 'a' e 103 da Constituição Federal, os quais expressamente autorizam a ADI contra “lei ou ato normativo”, sem qualquer referência aos parâmetros de generalidade ou abstração exigidos pelo Supremo Tribunal Federal.

E, nesse sentido, as Leis Orçamentárias que determinassem a destinação de recursos públicos a determinado programa não seriam leis em sentido material, mas apenas um comando concreto revestido de processo legislativo. Os atos do Poder Executivo que previssem o dispêndio de quaisquer quantias do erário aos programas ali inscritos estariam afastados do julgamento de constitucionalidade pela natureza de sua norma, embora a Constituição Federal fosse explícita em lhe determinar a forma de lei.

Entretanto, com o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade n. 4048-1 – DF, em 14/05/2008, por decisão de maioria de seu Pleno e em voto relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reverteu o entendimento consolidado e passou a admitir que a lei de conteúdo orçamentário fosse objeto de controle de constitucionalidade. Embora a natureza de tal legislação permaneça sob a classificação duvidosa de “lei de efeitos concretos”, a exigência de generalidade e abstração não impedem que a controvérsia seja apreciada sob efeito *erga omnes* pela Corte Constitucional. Transcreve-se a respectiva ementa:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO

DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.<sup>3</sup>

---

3 ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232.

O importante julgado representou um dissenso significativo e ainda resistido no próprio Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, mas significou um avanço inegável nas possibilidades de efetivar a supremacia da Carta Constitucional sobre as leis de conteúdos concretos, em especial, as leis orçamentárias. Na medida em que ela contém norma específica que autoriza a destinação de recursos e sendo esses especialmente escassos, não há razão hermenêutica que justifique a sua intocabilidade. Tratar-se-ia de legislação absolutamente livre, sem obedecer aos próprios comandos constitucionais que determinam a sua forma e vinculam grande parte de seu conteúdo.

Como já destacado, haverá inúmeras situações em que não se configura um “conflito subjetivo” que permita à jurisdição ordinária conhecer do eventual desvio de finalidade cometido pelos Poderes Executivo e Legislativo na edição de norma orçamentária, mas sem sombra de dúvida poderá haver prejuízo a direito da coletividade.

Inclusive, o fato de tratar-se de Lei Orçamentária de incontestáveis efeitos concretos já não seria impedimento absoluto pela própria jurisprudência do STF, como citado na ADI 2.925-DF, com relatoria do Ministro Marco Aurélio (Julgado em 1/12/2003). Nesta, o tribunal conheceu de ADI contra dispositivos específicos da Lei Orçamentária Anual n. 10.640/2003, reconhecendo-lhes abstração e generalidade suficientes.

Mas o avanço teórico do *leading case* MC-ADI n. 4.048-DF se dá pelo que afirmou o conhecimento da ADI independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. A controvérsia constitucional é que fora suscitada em abstrato e a sua relevância impôs o julgamento pela mais alta Corte do país.

Em decisão da maioria do Pleno, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a MP n. 405/2007 foi editada sem a presença dos requisitos de imprevisibilidade e de urgência característicos da abertura do crédito extraordinário. Afirmou que o conteúdo semântico desses conceitos indeterminados é vinculado aos valores expressos pela descrição de “guerra”, “comoção interna” ou “calamidade”, descritos no artigo 167, §3º, da CF/88, o que restringe a discricionariedade do Presidente da República ao utilizar-se do instrumento. Seriam situações de extrema gravidade ou de consequências imprevisíveis para a ordem pública e social, que não estariam configuradas nas despesas correntes determinadas pela citada Medida Provisória.

Não se negou a relevância ou até a urgência de algumas das despesas descritas na MP n. 405, porém mesmo essas seriam situações previsíveis, de acordo com os deveres da Administração Pública. Criticou-se a prática então recorrente de se utilizar de Medidas Provisórias para abertura de créditos extraordinários quando, em verdade, tratavam-se de

---

4 Pode-se notar que a jurisdição constitucional ainda é bastante cautelosa a admitir a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra leis de efeitos concretos e a repetição das exigências de abstração e generalidade, como demonstra julgamento recente: “(...)O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes. (...)” (ADI 2630 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)



créditos suplementares ou especiais, como forma conveniente de se impor alteração na Lei Orçamentária.

De inegável relevância, o citado *leading case* representou um avanço de inúmeras possibilidades em prol da tutela coletiva da higidez orçamentária e também do respeito às prioridades constitucionais nas previsões de dotação de recursos e de implementação de políticas públicas, sendo replicado em julgamentos posteriores da mesma corte.<sup>5</sup>

Valiosa é a contribuição de Luciano Ávila em produção acadêmica sobre as repercussões da alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ÁVILA, 2010, p 69-80):

Em tal contexto, começa a se delinear um novo e extraordinário campo de atuação para o Ministério Público brasileiro que, por intermédio dos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, nos Estados e no DF, e do Procurador-Geral da República, no âmbito federal – como legitimados ativos para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade nos respectivos âmbitos de atuação -, poderá passar a exercer um controle mais efetivo sobre a *própria constitucionalidade dos orçamentos públicos e das dotações orçamentárias governamentais*, não apenas do ponto de vista formal (vícios procedimentais de aprovação da espécie normativa), mas também sob a ótica material, notadamente em situações nas quais restar evidenciado flagrante arbitrariedade ou desvio de finalidade praticados por agente de poder ordenador de despesas estatais, com má utilização do dinheiro público ou sua aplicação indevida em setores que não constituam, à toda evidência, propósitos prioritários da Constituição.

Referido entendimento se apresenta ainda mais coerente se cotejado com a moderna dogmática concretista da Constituição, a propor um controle jurisdicional mais incisivo sobre a antes incontrastável discricionariedade administrativa para a definição dos orçamentos públicos, a exemplo do que bem sustentado por Dirley da Cunha Júnior em doutrina, em análise crítica da equivocada utilização que se tem feito da teoria da reserva do possível no Brasil como fator de limitação da efetividade dos direitos sociais (...).

Confirmando esse entendimento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento na ADI n. 5468/DF, em 30/06/2016, na relatoria do Ministro Luís Fux e destacado no Informativo n. 832, aceitando o “controle material das espécies legislativas orçamentárias, o que corresponderia a uma tendência recente na jurisprudência da Corte”, em especial após o citado julgamento da ADI 4.048 MC/DF, DJe de 22.8.2008. No caso, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA questionava a

---

5 “Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 100 da Lei nº 11.514, de 14 de agosto de 2007. 3. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional, na estimativa das receitas do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva lei. 4. Preliminar de não-cabimento rejeitada: o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas de diretrizes orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.” (grifo nosso – STF Pleno, ADIn nº 3.949 MC/DF, DJe de 07.08.09 Rel. Min. GILMAR MENDES). Ver também ARE nº 659.868 AgR/RJ, DJe de 22.04.13. STF 2ª Turma. Rel. Min. GILMAR MENDES.

constitucionalidade da Lei Orçamentária Anual de 2016 (Lei n. 13.255/16), na parte em que decotou parcialmente a proposta orçamentária da Justiça do Trabalho para o exercício financeiro em questão.

Do que se infirma desse julgamento recente, é a superação do obstáculo abstrato ao Controle de Constitucionalidade das normas anuais do orçamento público. Afirmou-se categoricamente a possibilidade teórica dessa intervenção jurisdicional, mas aprofundou-se o debate para as hipóteses efetivas em que esta avaliação de adequação constitucional não ultrapassa a ingerência sobre o Poder Executivo na consolidação do orçamento e sobre o Poder Legislativo no arbitramento dessas leis.

Evidencia-se, ainda, que a tese da Suprema Corte é acolhida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

No julgamento do processo n. 2014.00.2.002567-3<sup>6</sup>, em 15.07.2014, o Conselho Especial desse Tribunal conheceu de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei Orçamentária Anual de 2014 (Lei Distrital n. 5.289/13), que havia sido inserido por emenda parlamentar. O voto vencedor foi do Desembargador Jair Soares e, apesar de julgar improcedente a pretensão anulatória, confirmou a legitimidade do controle de constitucionalidade de normas de natureza orçamentária.

A título exemplificativo, destaca-se também o entendimento atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>7</sup> e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>8</sup>, como referências do impacto na mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando para um posicionamento nacional majoritário acerca do cabimento abstrato deste controle de constitucionalidade.

---

6 "Ação direta de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade formal. Emenda parlamentar. Inconstitucionalidade material. Ingerência do Poder Legislativo na execução orçamentária. 1 - A inconstitucionalidade formal ocorre quando, no processo legislativo, há afronta direta às normas da Lei Orgânica do Distrito Federal. 2 - Emenda parlamentar que condiciona a execução orçamentária à prévia comunicação à órgão do próprio Poder Executivo não invade competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 3 - A limitação ao poder de emenda de iniciativa parlamentar, prevista no art. 63, I da CF, veda aumento da despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, além de exigir que guardem relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa. 4 - Ação julgada improcedente. (TJDFT, Órgão Especial, Acórdão n.807047, 20140020025673ADI, Relator: JAIR SOARES CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 15/07/2014, Publicado no DJE: 31/07/2014. Pág.: 83)

7 a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70042528901, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 27/05/2013; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70060354594, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 24/11/2014;

8 "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.639/12 DO MUNICÍPIO DE ITAÚNA. MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. TÉRMINO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO. PERDA DO OBJETO. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem admitido a submissão das normas orçamentárias ao controle concentrado de constitucionalidade, nas hipóteses em que se verifica a existência de controvérsia constitucional suscitada em abstrato. 2. Com o término do exercício financeiro anual, a lei orçamentária - que possui natureza transitória -, perde sua vigência, em razão do esgotamento dos seus efeitos, o que leva à perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade manejada em face de norma nela contida. (TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.12.080095-8/000, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 09/10/2013, publicação da súmula em 23/10/2013) Ver também: a) TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.15.100349-8/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Wander Marotta, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 22/06/2016, publicação da súmula em 12/08/2016; b) TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.15.018005-7/000, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 09/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016.

E diz-se abstrato, não pela natureza do controle em si, que pode ser suscitado pela via difusa ou pela ação direta. Mas sim pela superação de um obstáculo teórico ao próprio conhecimento da impugnação.

Sob o manto de intocabilidade do controle constitucional, a legislação orçamentária resultava em campo livre de apreciação política e de disposições, por vezes, contrastante com o texto maior. A intervenção jurisdicional seria impedida por um pressuposto argumentativo que classificava a lei de natureza orçamentária como de feições concretas e sem a necessária generalidade, o que impede um campo fecundo de fiscalização da atividade pública.

Decerto, a própria exigência de que o orçamento público seja determinado por lei em sentido estrito (arts. 165 e seguintes da Constituição Federal) é indicativo de que o controle de constitucionalidade não pode ser afastado pela justificativa genérica. Com mais razão, aliás, seus requisitos estruturais devem ser observados e a adequação constitucional pode ser critério de invalidade na intervenção jurisdicional.

Deve-se questionar se trata de decisão livre e subjetiva do administrador, à semelhança do que a doutrina clássica publicista entende por discricionariedade, ou se a decisão orçamentária também possui vinculação constitucional que possa ser valorada pelo Poder Judiciário.

Não havendo mais embargo teórico ao conhecimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre lei em sentido estrito que traduza um ato administrativo concreto (como o são vários dispositivos de leis orçamentárias), cabe indagar em que medida a Administração Pública possui margem livre de valoração e de escolha para a concreção das políticas públicas definidas na Constituição. Discute-se, assim, quais os limites da própria discricionariedade do administrador na formulação e na edição de tal legislação.

Deve-se rejeitar tanto a ideia de que a efetivação de determinada política pública pela alocação de recursos seja de vinculação plena, quanto de discricionariedade absoluta, pois isso se dá em medida de grau e não de exclusão. Como esclarece Juarez Freitas (1999, p. 235), “Não há, na ótica adotada, lugar para a noção de ‘discricionariedade zero’, assim como não há vinculação total em dois erros simétricos, pois são extremos que jamais se tocam.”. Não se transfere nunca uma simples opção volitiva aos Poderes Executivo e Legislativo, para que exerçam um querer livre, mas sim a discricção, como meio de execução do interesse comum.

O que se propõe inicialmente é o cotejo de constitucionalidade de dispositivo de Lei Orçamentária que expresse opção da Administração Pública em flagrante desacordo com as referências constitucionais, ainda que para finalidade de interesse público, como destaca Ana Paula Ávila (2013 p. 30):

[...] Além de verificar se o orçamento destinou o percentual mínimo (receitas vinculadas) que a Constituição estabeleceu para ao entendimento dos serviços mais essenciais, deve também o Judiciário avaliar distorções que impliquem a destinação de verbas de grande vulto para finalidades não essenciais, como é o caso de gastos governamentais com publicidade, shows artísticos, obras desnecessárias ou excessivamente ostensivas, ou grandes empréstimos financeiros a empresas privadas, apenas para exemplificar. Trata-se de medidas corretivas da ação (equivocada pelos parâmetros constitucionais) dos poderes Executivo e Legislativo, e não das discutíveis medidas impositivas, em face da omissão daqueles Poderes.

Há a violação do que denomina Juarez Freitas ser o “princípio da Eficiência e da Otimização da Ação Estatal” (consagrado ao caput do artigo 37, da Constituição Federal). Esse é o Norte pelo qual a autoridade administrativa está obrigada “a trabalhar tendo como parâmetro a busca da melhor atuação (fundamentável como tal)” (FREITAS: 1999, p. 73). Assim, restaria que, “A violação manifesta do princípio dá-se quando se constata vício de escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos.” (FREITAS: 1999, p. 74). A escolha discricionária só se funda e se mantém legítima, quando em estrito atendimento de seus objetivos normativos.

Resulta o desafio para o Controle de Constitucionalidade em examinar a correção do dispositivo orçamentário, sem se olvidar de que não é dado ao Tribunal o exato subjetivismo conferido ao legislador, mas apenas a remoção da solução eivada de distorção quanto à finalidade, sem propriamente adentrar no campo de liberdade remanescente, ou seja, no mérito.

E é justamente na perspectiva de adequação constitucional da legislação orçamentária – na hipótese de desvio de poder que evidentemente se demonstre contrário à norma hierarquicamente superior – é que se presta o marco teórico interdisciplinar a seguir exposto.

### 3. EFICIÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

De acordo com a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED), os agentes econômicos são racionais e realizam seus atos visando maximizar os próprios benefícios, com uma diminuição de seus prejuízos específicos (DOOMEN, 2011, p. 234)<sup>9</sup>. E, nessa perspectiva, em um cenário em que as escolhas de tais agentes sejam livres e inexistam custos de transação, sempre será alcançada a eficiência integral da distribuição de propriedade. O desafio das normas jurídicas seria, portanto, reduzir as externalidades negativas que influenciam as negociações entre particulares, para – conseqüentemente – atingir o bem-estar geral.

Adotando-se o conceito do “Teorema de Coase” (TABAK, 2015), o critério de eficiência passa a ser parâmetro de avaliação da adequação e da correção das medidas jurídicas, das proposições legislativas e das políticas públicas a serem implementadas. Ultrapassa-se a visão puramente normativa acerca da garantia de direitos prestacionais ou da subsunção do texto à realidade, para uma noção substancial do Direito.

Um referencial teórico relevante à AED é, então, é a “eficiência de Kaldor-Hicks”, pela qual se avalia que determinada proposta legislativa de política pública é positiva quando o resultado geral do benefício social alcançado supera os custos específicos de introdução. Em suma, as perdas experimentadas por alguns agentes podem ser toleradas se houve desenvolvimento social suficiente para tornar a deliberação eficiente. O ponto de equilíbrio é alcançado pela maximização do bem-estar social, sem prejuízo integral de um interesse protegido.

9 É relevante destacar que o conceito de comportamento racional não atende a um significado unânime, mas é assumido pelo critério de utilidade ou de lucro, em termos de maximização de resultados. Como destaca Doomen: “it is necessary to consider that the notion ‘rationality’ has various meanings. As Posner (1987:1) rightly remarks, the word ‘rational’ lacks a clear definition. This is also promulgated by some who are critical of the Law and Economics approach (Jolls et al., 1998:1488). This means that it has to be made clear how Law and Economics deals with ‘rationality’. Becker (1976:153) clings to the following position: “[...] Rational behavior simply implies consistent maximization of a well-ordered function, such as a utility or profit function.” A similar stance is taken by Shavell (1987:2), albeit without, at this point, explicating the rationality premise.”

Diversas são as metodologias empregadas para se avaliar os benefícios e os custos de uma política pública ou um projeto de ato normativo. Uma de grande repercussão é a Valoração Contingencial, que utiliza pesquisas de opinião e de impacto, cujos modelos têm de sopesar vieses cognitivos como a aversão a perdas (o prejuízo é sentido de forma desproporcional ao ganho do mesmo montante).

Relevante, ainda, é o conceito de “taxas de desconto”, que representam uma recompensa pelo adiamento de um consumo imediato, permitindo maior benefício futuro. É a taxa de poupança de uma sociedade, que também mede o seu grau de impaciência e deve ser considerada na formulação das políticas públicas. Uma sociedade que se permite investir no futuro, mesmo com sacrifício presente é uma sociedade madura para políticas de longo prazo e maior retorno.

Por essa perspectiva, as políticas públicas devem ser pensadas para minimizar os vieses cognitivos, ou seja, obter o comportamento eficiente e racional das pessoas, para atingir o interesse público da norma (CAIADO, 2011)<sup>10</sup>.

Diante da abordagem multidisciplinar proposta, é de igual importância a contribuição da psicologia comportamental aplicada ao Direito, em específico, para explicar os vieses de julgamento que podem alterar a decisão racional dos agentes econômicos e, em resultado, o grau de eficiência atingido. Há certos elementos psicológicos da mente humana que podem levar a decisões ineficientes, e quanto mais dados forem sopesados na elaboração de um ato normativo, maior será o sucesso da política pública a ser implementada.

Por essa razão, Tabak (2015) defende o emprego de experimentos de campo (ERC) para testar as políticas públicas e as proposições legislativas em estudo, aprender com os seus resultados práticos e adaptá-los para o êxito social.

A complexidade do processo legislativo impõe que a sua criação transcorra em tempo apropriado à discussão e à análise de seus variados custos e benefícios. A deliberação apresada não resulta em qualidade normativa e, por vezes, oculta interesse escuso na aplicação da política pública (MENEQUIN, 2017. p. 25)<sup>11</sup>. A iniciativa legislativa pelas Medidas Provisórias é criticada exatamente por impedir a completa avaliação de custo e benefício, devendo ser restritas apenas às hipóteses constitucionais de necessidade e de urgência.

Pode-se estender a ressalva à abertura democrática do processo de elaboração de leis e de políticas públicas. É um cenário em que se deve avaliar o “custo da informação” como fator determinante para participação da população no processo decisório político ou jurídico. E a participação é o item mais confiável de comparação institucional.

Novamente se socorrendo do Teorema de Coase, pode-se dizer que a ausência de custos de informação nesse processo, as alocações de recursos orçamentários pelo Governo serão igualmente eficientes, pois as partes interessadas irão se envolver no processo deliberativo, atingindo o ponto ótimo de negociação.

No Brasil, porém, a participação democrática tende a ser imperfeita, pela dominação de uma minoria concentrada. Constata-se, aqui, que os grupos de interesse pequenos

---

10 Deve-se cuidar para que a Política Pública que vise reduzir um viés cognitivo acabe por criar um desvio de comportamento por si só (pode influenciar quem já agia racionalmente e findar estimulando a conduta inversa, por exemplo, a norma que pretenda minimizar a aversão à perdas do investidor e acabe por incentivar o comportamento arriscado).

11 “Deixar de aprovar determinada norma ou política pública porque há uma ineficiência inicial, desconsiderando os benefícios futuros, é entravar a realização do interesse público na maior extensão possível. No entanto, há situação ainda pior, como o caso de decisões que são tomadas para gerar bem-estar momentâneo e que acarretam enormes prejuízos para as gerações futuras. Tais decisões são fruto usualmente da incapacidade do governo de dizer não a grupos de interesses ou da necessidade de obter rápido retorno eleitoral.”

e concentrados possuem substancialmente maior influência política do que grupos muito numerosos, mas com apostas per capita menores.

Da mesma forma, se entendermos o controle de constitucionalidade concentrado no ordenamento jurídico brasileiro como um processo de deliberação democrática, é inequívoco que o custo da participação popular nesse processo é muito alto. Predominantemente, são custos de informação e de litigância (o que implica em várias questões não serem levadas para o Judiciário).

Todavia, em questões que afetem minorias ou cuja oposição é mais bem organizada, o controle de constitucionalidade possui vantagens institucionais.

Nota-se que a Análise Econômica do Direito empresta conceitos que dão conteúdo à avaliação material de constitucionalidade da legislação orçamentária e permitem, inclusive, avaliar a otimização da gestão pública. Decerto, o critério de valoração não pretende substituir a discussão política legítima (palco da participação democrática e do equilíbrio das decisões racionais), mas constitui instrumento para conter desvios flagrantes de poder.

Não se deve reduzir o exame jurisdicional de constitucionalidade das leis de natureza orçamentária à simples perspectiva normativa da dogmática jurídica, valendo-se de conceitos abertos como a Proporcionalidade ou a Razoabilidade (MENDES: 2008, p. 98).<sup>12</sup> A própria complexidade do processo de planejamento, elaboração e consolidação do Orçamento Público envolve conceitos externos à tradição estritamente jurídica e traduzem mandamentos para a consecução dos objetivos estatais. O critério de eficiência da atividade administrativa é indispensável para o reconhecimento de sua adequação.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em ADI n. 4.048/DF, progressivamente diversos tribunais brasileiros passaram a admitir o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, independente de discussão acerca do caráter concreto de suas normas. Por expressa dicção do artigo 165 da CF/88, o Orçamento Público deve ser proposto, consolidado e arbitrado por meio de processo legislativo em sentido estrito. Isso se dá especialmente em razão da necessária transparência da arrecadação tributária e da destinação de recursos públicos aos programas de governo escolhidos para o exercício financeiro.

No contexto atual, não se justifica afastar o conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade desse amplo espectro legislativo por argumento da suposta ausência de generalidade e de abstração de seus comandos. As leis de conteúdo orçamentário representam garantia de controle democrático da atividade administrativa de todos os poderes da República e são diplomas normativos dos mais importantes do Estado, pelos quais se implementam todas as políticas públicas.

Deve-se registrar que, no entendimento defendido, inexistente margem de livre destinação das verbas públicas como se escolha subjetiva ou pessoal o fosse. Há um dever de melhor

---

12 "Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi* e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês?



decisão acerca da alocação de recursos públicos, que representam a efetivação de direitos fundamentais já estabelecidos na própria Constituição Federal.

E nesse sentido, apresentou-se a Análise Econômica de Direito (AED) como abordagem multidisciplinar que fornece instrumentos teóricos para a avaliação de eficiência e de adequação constitucional da legislação confrontada. Por excelência, as leis orçamentárias detêm a complexidade de um planejamento global da Administração Pública, que se presume consentâneo e alinhado com os objetivos definidos na constituição.

Nessa dinâmica, a participação integral dos setores sociais afetados se torna elemento indispensável para que a legislação orçamentária represente o equilíbrio ótimo entre os interesses legítimos envolvidos, em produto final de negociação racional entre os agentes econômicos. O controle de constitucionalidade representa via alternativa para a abertura democrática e de salvaguarda de interesses coletivos alijados do processo político.

Por fim, merece destaque a cautela que a intervenção jurisdicional impõe diante da atividade legítima de deliberação dos representantes eleitos, em suas respectivas competências constitucionais. O risco do ativismo judicial exige a revisão atenta da própria atuação do órgão jurisdicional, sem que isso represente intocabilidade do ato administrativo eivado de desvio de poder.

## 5. Referências

- ABRAHAM, Marcus. Efetividade e Vinculação das Leis Orçamentárias e a ADI 4.663. In., Torres, Heleno Taveira; Gomes, Marcus Lívio; Abraham, Marcus (coords.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair play” judicial na efetivação dos direitos sociais: da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa do controle material das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário. **Direitos fundamentais e justiça**, v. 7, n. 23, p. 192-225, abr./jun. 2013.
- ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de Prestação Social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.
- CAIADO, José G. M. ‘Debiasing Through Law’: Review of the Paper by Christine Joll and Cass R. Sunstein”. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 2, nº 2, p. 429-432, Jul./Dez., 2011.
- CELSO DE MELLO, José. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In. MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.
- COSTA, Rafael de Oliveira. Judicial Review of Constitutionality in Brazil: A Comparative Institutional Analysis. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 7, nº 2, p. 362-386, Jul./Dez., 2016.
- DOOMEN, Jasper. Rationality in Law and Economics. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 2, nº 2, p. 230-243, Jul./Dez., 2011.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



- HARADA, Kiyoshi. Leis orçamentárias. **Revista Tributária e de finanças públicas**. A. 21, v. 112, p. 123-138, set./out., 2013.
- KUBOTA, Flávio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015.
- MELO, Marconi Antas Falcone de. **O Ministério Público no controle de constitucionalidade**: revoluções institucionais necessárias. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; BUGARIN, Tomás T. S. O Dilema entre a eficiência de curto e de longo prazo no ordenamento jurídico e o impacto no crescimento econômico. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 9-29, mar./abr. 2017.
- SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595-596.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve História do Controle de Constitucionalidade. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. São Paulo: Saraiva, 2009:
- TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/507401>.

### Leila Maria Bijos

leilabijos@gmail.com

Pós-doutora pelo Departamento de Criminologia e Sociologia, Saint Mary's University, Canada. Doutora em Sociologia do Desenvolvimento, CEPPAC/UnB, Mestre em Relações Internacionais (Cooperação Técnica Internacional), UnB, Especialista em Ciência Política, ICAT/AEUDF, Bacharel em Letras (Inglês-Português), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Cursos de Especialização em Direitos Humanos no IIDH, San José/Costa Rica, UN Genebra/Suíça, IIDH, Strasbourg/França. Doutoranda em Direito, UniCEUB (2013/2014). Professora adjunta do Mestrado em Direito Econômico Internacional da Universidade Católica de Brasília. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Laboratório de Política Internacional, e da Linha de Pesquisa em Direitos Humanos. É membro da Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. Autora de livros, capítulos de livros, e mais de cinquenta estudos e ensaios sobre política internacional, políticas públicas e sociais, direitos humanos, e migração. Acadêmica convidada pelo Governo Britânico para analisar o sistema político e econômico das Ilhas Falkland, 2014. É pesquisadora visitante da Universidade de Hyderabad, Índia; do Programa de Doutorado em Economia Internacional da Universidade de Tsukuba, e professora visitante da University of Califórnia, San Diego (UCSD). Bolsista do Programa Fulbright na Universidade da Califórnia em San Diego, 2004/2005. Participou de vários cursos de Política Internacional nos EUA, Suíça, Taiwan,

Israel, dentre outros. Na área de Direito Internacional Humanitário, tem participado das conferências realizadas pelo Institut Internationaldes Droits de l'Homme, Strasbourg, France, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Human Rights Centre em Genebra. Fluente em inglês, francês, espanhol.

**Benjamin Tabak**

benjamin.tabak@gmail.com

Professor do programa de pós-graduação em Direito e Economia da Universidade Católica de Brasília. Economista, mestre e doutor em Economia. Consultor Legislativo do Senado Federal.

**César Augusto Nardelli Costa**

cesar.nardelli@gmail.com

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

# RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL RELACIONADA AO TRABALHO DE DEFICIENTES FÍSICOS

## CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY RELATED TO THE WORK OF DISABLED PEOPLE

Alexandre Antonio Bruno da Silva  
alexandre\_bruno@terra.com.br

Vanessa Guimarães Romão  
by\_vanessaguimaraes@gmail.com

Recebido: 30-9-2017

Aprovado: 2-6-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O caminho do misticismo ao reconhecimento e inclusão. 3 A deficiência física sob o aspecto jurídico. 4 O Brasil e a inclusão. 5 Considerações finais. 6 Referências.

### **RESUMO:**

O presente trabalho tem por objetivo relatar e analisar as ações de responsabilidade social na inclusão de deficientes no mercado de trabalho. A metodologia utilizada para este estudo foi o método exploratório, com base em pesquisas bibliográficas, somadas à pesquisa de campo. Foi utilizado como instrumento de pesquisa um questionário, com os colaboradores portadores de deficiência física, que participam ativamente do mercado de trabalho. O artigo promove uma reflexão fundamental sobre as novas lógicas de atuação das empresas privadas em meio às ausências e lacunas do Estado democrático na inclusão de deficientes. Constata-se que não existem ações sólidas de responsabilidade social para com os colaboradores deficientes, por não serem contemplados com

### **ABSTRACT:**

This paper aims to report and analyze social responsibility actions in the inclusion of the disabled in the labor market. The methodology used for this study was the exploratory method, based on bibliographical research, added to field research. A questionnaire was used as a research tool, with employees with physical disabilities, who participate actively in the labor market. The article promotes a fundamental reflection on the new logic of action of private companies in the midst of the absences and gaps of the democratic State in the inclusion of the disabled. It is noted that there are no solid actions of social responsibility towards disabled employees, because they are not covered by

os cuidados e direitos necessários e previstos na Legislação.

the necessary care and rights provided in the Legislation.

**Palavras-chave:**

Responsabilidade social; Deficiência física; Deficientes físicos.

**Keywords:**

Social Responsibility; Disability; Disabled people.

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade social empresarial (RSE) vem, nos últimos anos, se tornando um tema muito debatido nos meios acadêmicos e empresariais (SOUSA FILHO; WANDERLEY, 2006). Seguindo uma tendência mundial, as empresas no Brasil estão cada vez mais preocupadas com o assunto. Sendo assim, elas passaram a contemplar mudanças organizacionais com implicações estratégicas profundas, partindo da premissa de que, para serem efetivas, tais mudanças devem estar alinhadas com a estratégia de negócios da empresa. (COUTINHO; MACEDO-SOARES, 2002).

Segundo Mintzberg (1983), a responsabilidade social torna-se indispensável porque as decisões estratégicas de grandes empresas envolvem tanto consequências econômicas quanto sociais, já que estas estão inexoravelmente interligadas. Na mesma perspectiva, Porter; Kramer (2006) argumentaram que existe uma interdependência entre as empresas e a sociedade, já que as atividades da cadeia de valor das companhias impactam diretamente as comunidades em que estas operam, podendo gerar consequências positivas ou negativas.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) trabalha com a estimativa de que, em todo país não envolvido em guerra, deve haver hoje em dia cerca de 10% da população com alguma deficiência física, visual, auditiva ou mental. O Brasil deveria ter, portanto, algo em torno de 17 milhões de pessoas deficientes. Mas, segundo os dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicados no Censo de 2000, temos aproximadamente 24,5 milhões, ou seja, 4,5% a mais do que a média dos outros países.

Empresas contratam pessoas com deficiência, profissionalmente qualificadas, quer porque atuam com responsabilidade social empresarial, quer porque precisam atender as cotas de emprego determinadas pela legislação atual. Aumentou então a procura por pessoas com deficiência profissionalizadas. Mas aquela maioria que não tem qualificação profissional continua à margem do mercado de trabalho, sem emprego, sem dinheiro e, consequentemente, sem qualidade de vida.

Neste sentido, este artigo justifica-se pela pouca produção acadêmica nacional relacionando à área de Responsabilidade Social Empresarial (RSE) com relação ao trabalho de deficientes físicos. Desse modo, estudar este tema é importante para o crescimento da área e alargamento do debate em torno dessa temática, a fim de gerar novas teorias, formas de pensar. Assim, este trabalho visa contribuir não só para retratar as ações de responsabilidade social atreladas ao trabalho de colaboradores com deficiência física do hospital em questão, como também somar na produção acadêmica sobre a relação intrínseca existente entre a RSE e colaboradores deficientes físicos.

Consegue-se dimensionar o entendimento social sobre o indivíduo deficiente, reportando-se, de certa forma, ao passado e localizando nas diferentes épocas o retrato que se formou, culturalmente, sobre a ideia das diferenças individuais.

## 2. O CAMINHO DO MISTICISMO AO RECONHECIMENTO E INCLUSÃO

Silva (1987, apud CARMO, 1991) expõe que nas culturas dos povos primitivos, apesar de existir todo um crédito às forças sobrenaturais (animismo) e às práticas de feitiçaria, não houve, para certas tribos, a atribuição de defeitos físicos a algum tipo de magia. Este estudioso cita os membros da tribo Xangga (da Tanzânia/África), que “não prejudicavam ou matavam as crianças ou adultos com deficiência. Acreditavam que os maus espíritos habitavam essas pessoas e nelas arquitetavam e se deliciavam para tornar possível a todos os demais membros a normalidade”.

Mazzotta (2001, p. 16) em sua análise histórica, diz que “(...) até o século XVIII, as noções a respeito de deficiência eram basicamente ligadas ao misticismo e ocultismo, não havendo base científica para o desenvolvimento de noções realísticas”. Segue o autor esclarecendo que foi na Europa que se deram os movimentos pioneiros em favor do indivíduo deficiente.

Figueira (2008) realiza trajetória semelhante àquela de Silva (1987, apud CARMO, 1991), mas concentra-se na história do Brasil. Este autor propõe que seu livro marque uma introdução à história das pessoas com deficiência no país, definindo também sua tese principal, que diz: “as questões que envolvem as pessoas com deficiência no Brasil – por exemplo, mecanismos de exclusão, políticas de assistencialismo, caridade, inferioridade oportunismo, dentre outras – foram construídas culturalmente” (FIGUEIRA, 2008, p. 17).

Essas questões culturais requerem tempo relevante para serem desconstruídas, e é esse o movimento que tem se formado pelas pessoas com deficiência e organizações representativas nas últimas décadas.

## 3. A DEFICIÊNCIA FÍSICA SOB O ASPECTO JURÍDICO

Visando à proteção específica da pessoa com deficiência, a Assembleia Geral da ONU proclamou duas importantes Declarações e uma Resolução, na década de 1970: a *Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental*, em 1971; a *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*, em 1975; e a Resolução nº 31/123, em 1976, declarando o ano de 1981 como o *Ano Internacional das Pessoas Deficientes*.

Se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981 - Ano Internacional da Pessoa Deficiente -, tomando consciência de si, passou a se organizar politicamente. E, como consequência, a ser notada na sociedade, atingindo significativas conquistas em pouco mais de 25 anos de militância (FIGUEIRA, 2008, p. 115).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 09 de dezembro de 1975, teve sua relevância por trazer o conceito de “pessoa deficiente”, assim como influenciar na concepção da expressão “pessoa portadora de deficiência”, utilizada pela Constituição Federal de 1988. Segundo ela, a pessoa deficiente seria aquela incapaz de satisfazer por si própria,

no todo ou em parte, as necessidades de uma vida normal individual ou social, em resultado de deficiência, congênita ou não, nas suas faculdades físicas ou mentais.

O Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD) foi de grande importância, servindo para que países, seus governantes, a sociedade e as próprias pessoas com deficiência, tomassem consciência da relevância do tema. Fazia-se necessária, há tempos, a tomada de providências para a prevenção da deficiência, a reabilitação, a acessibilidade, a igualdade de condições, a participação plena e a mudança de valores sociais, visando à redução crescente de preconceitos e atitudes discriminatórias.

O AIPD foi em 1981, mas o início do processo se deu em 1976, ano este em que a ONU o proclamou durante a 31ª sessão da Assembleia Geral, com tema: “Participação Plena”. Os alvos principais do AIPD com relação às pessoas deficientes eram: auxiliar no ajustamento psicossocial e físico na sociedade; promover esforços, internacional e nacionalmente, viabilizando o trabalho compatível e a total integração à sociedade; encorajamento dos projetos de estudo e pesquisa, visando a integração às atividades do cotidiano, aos edifícios públicos e aos transportes; informar e educar o público sobre os direitos de participar e contribuir nos vários aspectos da vida social, econômica e política.

Esse reconhecimento, expresso no Ano Internacional da ONU para Pessoas Deficientes, representa a mudança no tratamento do tema da deficiência pelos organismos internacionais. Essa guinada política foi promovida, por um lado, pelo ativismo político dos movimentos sociais e organizações de deficientes, que lutaram contra todas as formas de opressão, e por outro, pela entrada dos estudos sobre deficiência no meio acadêmico. (BARTON; OLIVER, 1997, p. 280).

No âmbito das Américas, tem-se a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção da Guatemala, assinada pelo Brasil em 1999, promulgada pelo Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001. Incorporada ao sistema legislativo brasileiro com status de lei ordinária, define o termo “deficiência” como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

No Brasil, essa Convenção foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, obtendo equivalência de emenda constitucional. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. A Convenção foi promulgada **pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.**

A Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto, cuja redação trata dos tratados e convenções sobre direitos humanos: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004).

A adoção dessa Convenção resulta do consenso da comunidade internacional sobre a necessidade de garantir o respeito pela integridade, dignidade e liberdade das pessoas com deficiência. Devem ser criadas leis, políticas e programas que atendam ao público deficiente

dentro de suas características, promovendo a sua participação na sociedade e buscando a sensibilização dos demais membros da sociedade para esse processo de inclusão.

#### 4. O BRASIL E A INCLUSÃO

O Brasil é um dos poucos países que tem legislação específica tratando dos deficientes. Apesar disso, os deficientes brasileiros continuam a compor o grupo com percentuais mais elevados nas estatísticas de exclusão social. Essa realidade é confirmada pela baixa presença de pessoas com deficiência nos setores básicos que promovem a inclusão.

Os números relativos ao acesso ao trabalho comprovam essa realidade. Inicialmente será apresentada a legislação protetiva no âmbito do direito trabalhista, e posteriormente os dados estatísticos.

Nossa Constituição proíbe qualquer discriminação no tocante à salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CF). Em relação às vagas prevê que legislação complementar reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão (art. 37, CF).

Na Administração Pública Federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, assegurou o direito das pessoas com deficiência de se inscrever em concurso público para provimento de cargo, em igualdade de condições com os demais candidatos, sendo-lhes reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso (artigo 5º, § 2º).

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, estabelece que o percentual mínimo é de 5% de reserva das vagas nos concursos públicos (§ 1º do artigo 37), aplicando o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente, quando o resultado do percentual resultar em número fracionado (§ 2º).

Na esfera privada, a reserva de vagas é determinada quando a empresa possua 100 ou mais empregados. Além desta cota – de 2 a 5% das vagas, dependendo da quantidade de trabalhadores – as empresas não podem efetivar dispensa imotivada, quando esta representar o número mínimo de trabalhadores com deficiência que a empresa deve possuir, até a contratação de substituto em condições semelhantes (§ 1º do artigo 93 da Lei nº 8.213/91). Condição semelhante significa que outro trabalhador com deficiência ou reabilitado deverá ser contratado, não sendo, necessariamente, trabalhador com a mesma deficiência do substituto ou para a mesma função ou cargo.

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 8º, tipificou como crime punível com reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, quem obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público ou negar a alguém emprego ou trabalho, por motivos derivados de sua deficiência.

No contexto da responsabilidade social das empresas, insere-se, entre outras, a obrigação de contribuir e apoiar a qualificação de seus empregados. É nesse sentido que o Estado brasileiro procurou aprimorar a legislação da aprendizagem para incentivar a promoção da qualificação profissional pelos próprios empregadores.

A alteração foi promovida pela Medida Provisória nº 251, de 13 de junho de 2005, posteriormente convertida na Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, com a inserção do § 5º ao artigo 428 da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que prevê a possibilidade



de as empresas contratarem aprendizes com deficiência independente do limite de idade, quando para os demais segmentos da população, o limite é de 24 anos.

A lei permite a contratação de aprendizes no percentual de 5 a 15%, calculado sobre o número de trabalhadores cujas funções demandassem formação profissional. As empresas podiam, portanto, contratar pessoas com deficiência na cota de aprendizes para, posteriormente, contratá-las como empregados por prazo indeterminado, na forma da lei específica, já devidamente qualificada.

Apesar da importância das medidas legislativas anteriores, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) é o mais completo diploma que trata da inclusão do deficiente em nosso país.

De acordo com o texto, é classificada como pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A tônica do texto, que conta com mais de 100 artigos, é a inclusão social das pessoas com deficiência, que deve ser oportunizada por meio de políticas públicas ou iniciativas a cargo das empresas.

No âmbito trabalhista, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) estabelece que constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas como diretrizes: a) o atendimento prioritário à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho; b) provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência; c) respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada; d) oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais; e) realização de avaliações periódicas; f) articulação intersetorial das políticas públicas; g) possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

Um dos pontos relevantes no âmbito trabalhista foi a manutenção do direito ao auxílio-inclusão para a pessoa com deficiência moderada ou grave que passe a ter atividade remunerada. Assim, terá direito a auxílio-inclusão, a pessoa que receba o benefício de prestação continuada e que passe a exercer atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Além desses, também é devido àquele que tenha recebido, nos últimos 5 (cinco) anos, o benefício de prestação continuada e que exerça atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social.

No art. 93, do Projeto de Lei 7.699/06, que deu origem ao EPD, havia a previsão de que empresas com 50 (cinquenta) ou mais empregados seriam obrigadas a preencher seus cargos com pessoas com deficiência. Empresas que tivessem entre 50 (cinquenta) entre 99 (noventa e nove) empregados deveriam ter pelo menos 1 (um) empregado deficiente. As empresas teriam o prazo de até 3 (três) anos até serem fiscalizadas.

Entretanto, esse dispositivo foi vetado, apesar do mérito da proposta, por se acreditar que a medida poderia gerar impacto relevante no setor produtivo, especialmente para empresas de mão de obra intensiva de pequeno e médio porte, acarretando dificuldades no seu cumprimento e aplicação de multas que poderiam inviabilizar empreendimentos de ampla relevância social. A obrigatoriedade persistiu apenas para empresa com mais de 100 (cem) empregados.

Para estimular a aplicabilidade do sistema, foi alterada a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), para permitir o uso de margens de preferência nas licitações para as empresas que comprovem bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

As empresas enquadradas estão obrigadas a cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação. Cabe à administração fiscalizar o cumprimento dos requisitos de acessibilidade nos serviços e nos ambientes de trabalho. (art. 104, do EPD).

Por fim, importante assinalar que o EPD estabeleceu que somente a contratação direta será contada, excluído a possibilidade de cumprimento de cota, através da contratação de aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Além disso, o EPD criou o Cadastro Nacional da Inclusão da Pessoa com Deficiência com a finalidade de coletar e processar informações destinadas à formulação, gestão, monitoramento e avaliação das políticas públicas para as pessoas com deficiência e para a realização de estudos e pesquisas. O Cadastro-Inclusão, é registro público eletrônico, que deverá disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos.

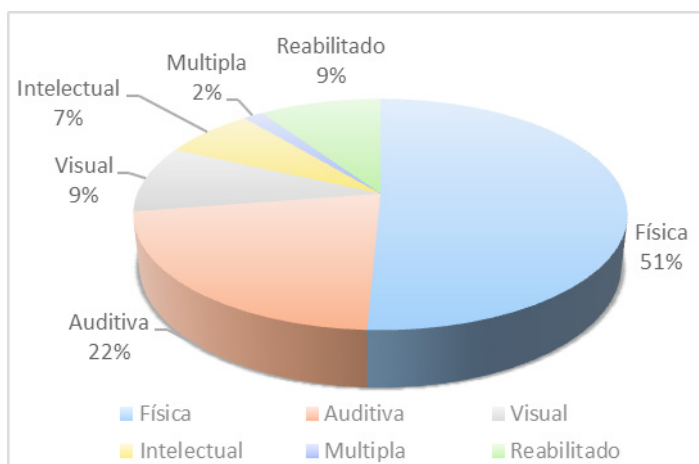
Instrumento de verificação da ocupação das vagas de emprego por parte dos deficientes. O relatório da RAIS classifica os tipos de deficiência em: a) física; b) auditiva; c) visual; d) intelectual d) múltipla e f) reabilitado.

**Tabela 1 - Deficientes empregados no Brasil por tipo de deficiência**

Tipo	2012	2013	Varição
Física	170.468	181.464	6,45
Auditiva	74.385	78.078	4,96
Visual	26.119	33.505	28,28
Intelectual	21.317	25.332	18,83
Múltipla	4.696	5.490	16,91
Reabilitado	33.311	33.928	1,85
Totais	330.296	357.797	8,33

Fonte: RAIS (2012;2013).

**Gráfico 1 - Deficientes empregados no Brasil por tipo de deficiência no ano de 2013**



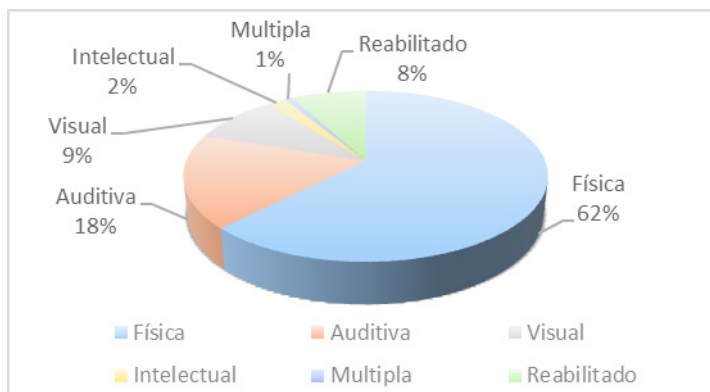
Fonte: Elaborado pelo autor.

**Tabela 2 - Deficientes empregados no Ceará por tipo de deficiência.**

Tipo	2012	2013	Variação
Física	7.645	8.346	9,17
Auditiva	2.182	2.370	8,62
Visual	976	1.227	25,72
Intelectual	229	263	14,85
Múltipla	98	112	14,29
Reabilitado	1.005	1.050	4,48
Totais	12.135	13.368	10,16

Fonte: RAIS (2012; 2013).

**Gráfico 2 - Deficientes empregados no Ceará por tipo de deficiência no ano de 2013**



Fonte: Elaborado pelo autor.

Em 2013, verificou-se no Brasil um aumento de 8,33 %no número de pessoas declaradas como deficientes (PCD). O que representou um acréscimo de 10.996 vínculos, totalizando 357.797 vínculos, declarados no ano. No Estado do Ceará, no mesmo período, tivemos um incremento de 10,16%, maior que a média nacional, representando um acréscimo de 1.233 empregos, totalizando 13.368 vínculos.

Interessante observar que em termos de Brasil, no ano de 2012, os deficientes ocupavam 0,70%, subindo para 0,73% dos vínculos empregatícios. O Estado do Ceará apresenta um número de deficientes incluídos maiores que a média nacional com 0,85% de vagas em 2012 e 0,89 no ano de 2013.

**Tabela 3 - Atividade do Ministério do Trabalho e Previdência Social**

	2012	2013	2014
Ações Fiscais	538	577	538
PCD	1.594	2.359	1.885
Aprendizes		104	103

Fonte: SFITWEB (2015).

**Tabela 4 - Cota obrigatória de empregados com deficiência por empresa.**

N Empregados	Cota (%)
100-200	2,0
201-500	3,0
501-1000	4,0
>1000	5,0

Fonte: Brasil, Lei 8.213/91.

Um dos projetos obrigatórios da auditoria fiscal do Ministério do Trabalho e Previdência Social é aquele que objetiva promover a inclusão de pessoas com deficiência e reabilitados no mercado de trabalho.

O termo inclusão, como já apresentado, segue a ideia geral de que o objetivo principal das ações da auditoria, não é somente quantitativo. O objeto da ação fiscal nas empresas, com o fito de implementar a política pública governamental de inclusão dos deficientes, não se exaure apenas com o quantitativo de registros. Estende-se a uma análise qualitativa dos vínculos constituídos.

Devem ser observadas as especificidades das pessoas com deficiência e reabilitadas, verificando-se a adequação das atividades a serem exercidas em relação ao tipo de deficiência ou restrição apresentada. Além disso, é preciso verificar a existência do tratamento igualitário em relação aos demais empregados, evitando a discriminação na seleção, durante o contrato de trabalho e após a extinção do vínculo. Além disso, é preciso avaliar as condições de trabalho.

Entretanto, por limitações estruturais da auditoria, as ações fiscais são realizadas, quase exclusivamente, na modalidade indireta, abrangendo especificamente atributos diretamente relacionados ao registro dos empregados com deficiência-PCD. Na modalidade indireta a empresa é chamada à órgão local do Ministérios do Trabalho e Previdência Social, para comprovar que cumpre a cota determinada segundo os dispositivos legais.

Além de ter como base as experiências dos anos anteriores, o projeto conta com o incremento de um sistema, que é capaz de relacionar um completo banco de empresas sujeitas à reserva legal de inclusão de pessoas com deficiência e reabilitadas do INSS. Através de uma simples consulta é capaz de se listar todas as empresas que estão aquém de suas cotas.

**Tabela 5 - Empresas e cotas preenchidas**

Porte da empresa	Número de empresas	Empresas inadimplentes	%	Total de Cotas	Cotas não preenchidas	%	Total empregados	PCD Contratados	%
100-200	509	400	78,59	1.638	1.120	68,38	70.781	661	0,93
201-500	342	252	73,68	3.337	1.693	50,73	108.390	1.890	1,74
501-1000	198	169	85,35	5.541	3.593	64,84	140.029	2.393	1,71
> 1000	164	149	90,85	25.348	16.727	65,99	515.207	9.147	1,78
<b>Totais</b>	1.213	970	79,97	35.864	23.133	64,50	834.407	14.091	

Fonte: IDEB (2016)

Os dados da tabela acima foram extraídos do Sistema de Índices de Débito do Ministério do Trabalho e Previdência Social (IDEB). Com isso, pretende-se alcançar o maior número possível de empresas e de PCD a serem inseridas no mercado de trabalho. Segundo o projeto, a área de abrangência engloba Fortaleza e Região Metropolitana, como também as regiões do Cariri e Sobral, podendo ser incluídos outros municípios, observada a demanda local, bem como os recursos materiais e orçamentários para deslocamento dos Auditores Fiscais do Trabalho (AFT) do projeto. Não serão inseridas neste projeto empresas com menos de 100 empregados, pois não estão contempladas no Art. 93, da Lei nº 8.213/91.

Na Superintendência no Ceará não há previsão no projeto de qualquer análise em relação à Segurança e Saúde, pretende-se obter a correta adequação das atividades às especificidades das pessoas com deficiência/reabilitadas, bem como eliminar eventuais ações que consubstanciem assédio moral contra estes trabalhadores. Este tópico depende, para a plena efetividade, da designação de auditores com conhecimentos especiais, em caráter permanente.

Verificando o projeto apresentado pela Superintendência Regional de Pernambuco verifica-se que a coordenação do projeto daquele órgão, solicita a inclusão de um auditor médico para esse trabalho. Justifica o seu pedido para que o profissional, entre outras atividades: faça a análise de laudos médicos caracterizadores de pessoas com deficiência; participe de contatos e mediações com profissionais da área de saúde e analise a adequação de funções às deficiências e restrições.

Ações decorrentes de denúncias acerca de discriminação e assédio moral contra pessoas com deficiência ou reabilitadas, devem ser realizadas, prioritariamente, por meio de mediações e ações fiscais diretas. Deve-se ter sempre a preocupação com a mudança cultural da visão das empresas em relação às pessoas com deficiência.

A inclusão de pessoas com deficiência no Mercado de Trabalho está dentro dos compromissos nacionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Não é atividade acessória da Fiscalização do Trabalho, mas sim de caráter essencial;

A inclusão de empregados com deficiência/reabilitados decorre da verificação fática que os mesmos são discriminados no acesso ao mercado de trabalho e consagra os dispositivos constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana, em sua vertente de tra-

balhador com deficiência/reabilitado, de combate à discriminação e o assédio moral contra os trabalhadores deste segmento, e de respeito ao valor social do trabalho.

Por se tratar de uma atividade com uma grande relutância de cumprimento por parte das empresas, com natureza de política pública/ação afirmativa, torna-se necessária, para a efetividade/permanência dos resultados obtidos, além da fiscalização propriamente dita, uma série de outras ações, de forma a promover a igualdade de tratamento, não só pela contratação, mas também no curso da relação empregatícia. As empresas que já tiveram ações de conscientização serão tratadas com maior rigidez, em relação à lavratura de auto de infração e concessão de prazos para regularização.

Ressalte-se também que as alterações advindas da Lei 12.470/2011 promoveram radicais modificações na inclusão de pessoas com deficiência no mundo do trabalho. Entre as principais alterações, podemos citar o novo conceito de deficiência que apenas sob a ótica médica, incorporando as barreiras atitudinais, que dificultam a inclusão no mercado de trabalho.

Ressalte-se também que no texto alterado, a inclusão da expressão “mental”, sem menção a qualquer graduação, certamente estimulará a tentativa de incluir na reserva legal certos transtornos mentais que, de per si, não deveriam caracterizar deficiência. A extrema abertura do conceito ensejará a necessidade de atenção redobrada e, na medida do possível, a uniformização de decisões em situações similares, de modo a se evitar mandados de segurança pela denegação de classificação como pessoa com deficiência.

Como positivo, as alterações legais permitirão que certas categorias anteriormente não abrangidas na lei, mas que são vítimas de discriminação, como visão monocular, gagueira grave, deformidades faciais graves possam vir a ser consideradas como deficiência.

Mera suspensão do Benefício de Prestação Continuada-BPC, na contratação de empregado com deficiência e desnecessidade de submeter-se à nova perícia para fins de retorno de percepção do BPC, em caso de afastamento de emprego. Estima-se que o impacto desta alteração legal será substancial.

Uma das maiores reclamações dos empresários, ao argumentar a dificuldade de contratar pessoas com deficiência aptas ao trabalho, era que muitos se recusavam a serem registrados, em face do medo de perder definitivamente a percepção do benefício. Agora está bastante claro que o BPC será meramente suspenso enquanto persistir o vínculo empregatício. Para a retomada do benefício, sequer será necessária a realização de nova perícia, a qual só será exigida por ocasião do lapso temporal previsto para a reavaliação de cada beneficiário (02 anos).

Esta nova possibilidade estimulará a inclusão de pessoas com deficiência por meio da aprendizagem, a qual independe de idade para a pessoa com deficiência, vez que além de não perder o BPC, passará a recebê-lo em conjunto com a remuneração da aprendizagem. Há necessidade de, além de estimular as pessoas com deficiência e os empregadores para a adoção deste caminho, também requerer que a Rede S modifique a sua atuação, no sentido de receber, em maior intensidade, aprendizes com deficiência. Não temos dúvida que a aprendizagem é um dos melhores caminhos para eliminar certos preconceitos por parte dos gestores das empresas, vez que há a oportunidade de conhecer e avaliar os aprendizes com deficiência durante a parte prática do processo de aprendizagem, objetivando sempre a sua contratação de modo definitivo, redução de 30% para o pensionista com deficiência intelectual que entre no mercado de trabalho e não consideração da remuneração da aprendizagem para fins de cálculo da renda per capita utilizada na concessão de remunerações assistenciais, como o BPC.

Com estes conceitos bem fundamentos, tornou-se possível avaliar as ações de responsabilidade social aplicadas em uma empresa da área de saúde e mensurar sua importância, eficiência e relevância no que diz respeito a ser um canal de transmissão da preocupação social da instituição para seus colaboradores portadores de deficiência física.

Quanto ao perfil dos colaboradores do Hospital Y que responderam o questionário da pesquisa em questão, pode-se dizer que todos estão contratados pela própria empresa; destes, 60% são homens.

Dos entrevistados, 70% cursaram o ensino médio, 20% o ensino fundamental e 10% o ensino superior.

Em sua maioria, que corresponde a 60% do total, não conhecem a Lei das Cotas para Pessoas Portadoras de Deficiências (Lei nº 8.213/91), seguidos de 20% dos colaboradores, que afirmaram conhecer pouco esta Lei; 10% disse conhecer razoavelmente e outros 10% afirmou conhecer bastante.

Percebe-se através destes números que os colaboradores, em sua maioria, não possuem ensino médio completo e desconhece as leis que os asseguram. Conforme o Estatuto do Deficiente Físico prevê em uma de suas diretrizes, a organização deve ofertar a provisão de suportes individualizados, de forma que atenda às necessidades da pessoa com deficiência. Diferente disto, verifica-se que a maioria dos colaboradores possui apenas o ensino médio e desconhece a jurisdição que lhes respalda, apesar de terem externado nas sugestões de ações de responsabilidade social por parte do Hospital Y (questão 11) o desejo de uma bolsa-educação, no intuito de se profissionalizarem e de estarem cada vez melhor inseridos na instituição e na sociedade, como um todo.

Questionados sobre a adequação do emprego às suas competências e conhecimentos, 60% respondeu que não se sentem bem alocados, ou seja, acreditam que suas funções não condizem que as suas habilidades.

Outra diretriz que o Estatuto do Deficiente Físico prevê é a participação, de forma viável, dos deficientes nas organizações da sociedade civil. Esta diretriz não está em vigor, já que a maior parcela de funcionários deficientes se sente mal alocada, ou seja, não acreditam que estejam desempenhando funções de acordo com as suas características corporais.

As aplicações do questionário possuem fatores limitantes que devem ser levados em consideração. Uma limitação que se deriva das pesquisas exploratórias, é que essas dependem do pesquisador com base nas respostas obtidas. As interpretações das análises dos entrevistados podem sofrer influências no momento da análise do aplicador do questionário.

Outro fator limitante é o número de pessoas entrevistadas, no caso dez, envolvendo todos os colaboradores portadores de deficiência física. Apesar de ser um número viável, pelo fato de abranger todo o extrato de profissionais existe no hospital Y e pela evidenciação de repetições nas respostas apresentadas pelos entrevistados, não possibilita a generalização da pesquisa.

A presente pesquisa tinha o objetivo de realizar um estudo exploratório, e como é de natureza dos estudos exploratórios, abre a possibilidade para novos estudos futuros. Dada à limitação de abrangência da pesquisa, sugere-se então a reaplicação da mesma em outras empresas de mesmo setor, de maneira que haja aumento da amostra probabilística, possibilitando a sua generalização.

Por fim, considerando as mudanças que constantemente ocorrem nas empresas e nos seus métodos de gestão, principalmente em empresas de médio e grande porte, há a necessidade de reaplicar essa pesquisa para percepção de mudanças significativas nas ações de responsabilidade social quanto ao trabalho de deficientes físicos.



Desde 2002, o SENAC desenvolve um programa nacional voltado para a inclusão de pessoas com deficiência, por meio da educação profissional. Com isso, promove a reinserção desses brasileiros no mercado de trabalho e, conseqüentemente, uma melhoria na qualidade de vida de todas elas. Anteriormente chamado de “Deficiência & Competência”, o programa estratégico para a Instituição, ganhou, em 2010, novo nome: Programa Senac de Acessibilidade (PSA). Assim, o Senac amplia o seu trabalho e aprimora sua programação para atender uma grande parcela da população brasileira. Assim, o Senac tem investido na preparação de profissionais capazes e competentes para atender à exigência legal. No Senac, as deficiências não são barreiras. Esse público é atendido na programação regular, a fim de incentivar a integração. Somente quando solicitado por alguma organização parceira, turmas especiais são abertas. (SENAC, 2012).

O governo deve promover incentivos para que a população de deficientes, receba treinamento como o do SENAC e seja inserida no mercado de trabalho de forma viável, levando em consideração o tipo e grau de suas deficiências. Além disso seria de notória importância o aumento da fiscalização nas empresas, para concluir se, além de cumprirem com o número de contratações previstos de acordo com o total de funcionários, estão realizando treinamentos para inclusão dos portadores de deficiência na empresa e alocando de forma correta, de acordo com a deficiência de cada colaborador e sua função desempenhada na empresa, promovendo a integração e inclusão destes nas instituições.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio dos dados tabulados e apresentados, constatou-se que a instituição não apresenta ações sólidas de responsabilidade social voltadas aos colaboradores deficientes físicos.

É possível afirmar que a contratação destes funcionários ocorreu de forma a contemplar a Lei somente e que não houve, assim, subsídios para se chegar a definição do conceito de SER.

É notória a omissão por parte da empresa, com relação as ações de responsabilidade social que poderiam e deveriam ser implantadas e desenvolvidas. Através das respostas dos colaboradores foi possível concluir que há uma deficiência e negligência no cuidado com os funcionários portadores de deficiência física, o que pôde ser analisado, fortemente, através dos dados obtidos nas questões 4, 5, 7, 8 e 9.

Com os dados destas questões, concluiu-se que a empresa não prepara treinamento específico para colaboradores com deficiência; não realiza a análise das competências destes colaboradores para a função a ser desempenhada, de acordo com suas características corporais; não se dispõe a realizar adaptações sólidas em sua estrutura física, a fim de melhorar o acesso de seus colaboradores e não realiza ações de inclusão destes colaboradores, como criação de grupos, comitês, definição de cronograma de ações para a recepção, dentre outras.

As organizações que almejam um diferencial no mercado buscam cada vez mais estratégias para conquistar novos clientes, visando o envolvimento da sociedade em suas estratégias. As tendências apontam que uma ótima alternativa para isso é a diferenciação, sendo a responsabilidade social a que está em maior evidência.

Voltando o olhar para seus colaboradores deficientes, as instituições estarão ao mesmo tempo investindo em seu próprio benefício e desenvolvimento, pois a sinergia gerada a partir daí pode aproximar público e empresa de forma mais concreta e efetiva, em uma ver-

dadeira relação “ganha-ganha”. Portanto, o que é desenvolvido para a melhoria da sociedade pode ser utilizado como uma ferramenta de marketing.

As organizações devem desenvolver o seu marketing social e mostrar todos os investimentos aplicados em certificações, normas e implantações de sistemas adaptados aos funcionários deficientes, por exemplo. Essas atitudes geram uma imagem positiva da empresa perante o seu público e a sociedade. Conseguir envolver os colaboradores com deficiência da organização e comprometê-los também com o papel social é o novo desafio proposto e fundamental para o sucesso de qualquer estratégia. Para que isto ocorra, é necessário que tenham consciência em reconhecer e motivar quem é a peça-chave de todo este processo, ou seja, seus próprios colaboradores.

## 6. REFERÊNCIAS

- BARTON, Len; OLIVER, Mike. **The birth of disability studies**. Leeds: The Disability Press, 1997.
- BRASIL. **Decreto 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Decreto 3.956**, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Decreto Legislativo Nº 186**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Decreto n.º 6949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 31 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 11.180**, de 23 de setembro de 2005. Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos – PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial – PET, altera a Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 12.470**, de 31 de agosto de 2011. Acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do

- benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei 8.666/93**, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- BRASIL. **Projeto de Lei 7.699/06**, de 21 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Disponível em: [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br/). Acesso em: 14 de fev. 2016.
- CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- COUTINHO, R. B. G.; MACEDO-SOARES, T. D. L. V. A. Gestão estratégica com responsabilidade social: arcabouço analítico para auxiliar sua implementação em empresas no Brasil. **Revista de administração contemporânea**, Curitiba, v. 6, n. 3, set./dez. 2002. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141565552002000300005&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141565552002000300005&script=sci_arttext&tlng=en). Acesso em: 10 fev. 2017.
- FIGUEIRA, Emilio. **Caminhando em silêncio**: – Uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na História do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. CENSO 2000 – Dados preliminares. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acessado em: 29 fev. 2016.
- MAZZOTTA, Marcos J. **Trabalho Docente e Formação de Professores de Educação Especial**. São Paulo: EPU, 1993.
- MAZZOTTA, Marcos José Silveira. **Educação especial no Brasil**: História e políticas. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- MINTZBERG, H. (1983). **Power in and Around Organizations**. Prentice-Hall, INC., Englewood Cliffs, N.J.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: [www.pessoacomdeficiencia.gov.br](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br). Acesso em: 21 fev. 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos direitos das pessoas deficientes**. Disponível em: [portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf). Acesso em: 14 fev. 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em: 14 fev. 2016.
- PORTER, M. E.; KRAMER, M. R. Strategy & Society: The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility. **Harvard Business Review**, v. 84, p. 78-85. 2006.
- SILVA, Otto Marques. A Epopeia Ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: Cedas, 1987. Apud: CARMO, Apolônio Abadio do. **Deficiência Física: A realidade brasileira cria, recupera e discrimina**. Brasília: MEC/Secretaria dos Desportos, 1991.
- SOUSA FILHO, J. M.; WANDERLEY, L. S. O. Divulgação da responsabilidade social empresarial: como os websites empresariais vêm sendo utilizados por empresas de energia e varejo. In: **Anais do XXX Encontro da ANPAD**. Salvador: EnANPAD, 2006.

### **Alexandre Antonio Bruno da Silva**

[alexandre\\_bruno@terra.com.br](mailto:alexandre_bruno@terra.com.br)

Possui graduação em Processamento de Dados pela Universidade Federal do Ceará (1988), graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1998), mestrado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE), professor do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), coordenador da pós-graduação em direito do trabalho do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), auditor-fiscal do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, professor titular da Faculdade Farias Brito (FB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Sociais, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria geral do direito, direitos fundamentais sociais, relações de trabalho, responsabilidade social empresarial e filosofia do direito.

### **Vanessa Guimarães Romão**

[by\\_vanessaguimaraes@gmail.com](mailto:by_vanessaguimaraes@gmail.com)

Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Ceará

# IMPACTO JURÍDICO E AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS FRENTE AO CENÁRIO BRASILEIRO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

## JURIDICAL IMPACT AND SOCIAL TRANSFORMATIONS AGAINST THE BRAZILIAN SCENARIO AND NEOCONSTITUTIONALISM

Maria Gorete Ferreira  
mgfunivas@hotmail.com

Recebido: 2-10-2017

Aprovado: 2-6-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Constituição Federal e seu impacto para o Neoconstitucionalismo. 3 Desafios da sociedade diante ao Estado Democrático de Direito. 4 Reflexo de políticas públicas nos direitos sociais. 5 "Nós o povo" – no cenário brasileiro visando os direitos sociais. 6 Considerações finais. 7 Referências.

### **RESUMO:**

A construção do Constitucionalismo no Brasil se fez por meio de sete constituições no Brasil, no período de 1824 a 1988, incluindo a atual. Objetivo: tangenciar as questões sobre a não efetividade dos direitos sociais, especialmente, o direito a educação. O método utilizado foi de abordagem exploratória e levantamentos bibliográficos. Conclui-se que esses desafios vivenciados pela sociedade brasileira gera a problemática de decisões sobre assuntos polêmicos, que para se esquivar de resolver essa questão, o parlamento se coloca em posição conservadora e direciona o assunto para o Judiciário.

### **Palavras-chave:**

Cidadania. Direitos Sociais. Neoconstitucionalismo.

### **ABSTRACT:**

The construction of Constitutionalism in Brazil was done through seven constitutions in Brazil, from 1824 to 1988, including the current one. Objective: To address issues of non-effectiveness of social rights, especially the right to education. The method used was exploratory approach and bibliographical surveys. It is concluded that these challenges experienced by the Brazilian society generates the problematic of decisions on controversial subjects, that to avoid to solve this question, the parliament places itself in a conservative position and directs the matter to the Judiciary.

### **Keywords:**

Citizenship. Social rights. Neo-constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

Olhando para a construção do Constitucionalismo no Brasil, verificou-se a experimentação de sete constituições, no período de 1824 a 1988, incluindo a atual. No entanto, em 5 de outubro de 2018, completar-se-á 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a conhecida “Constituição Cidadã”. Considerando-se que o neoconstitucionalismo é um fenômeno pós-guerra, que foi afeiçoado por inúmeras transformações sociais, mas que ingressou tardiamente no Brasil, ou seja, no nosso ambiente constitucional, talvez seja por isso que ainda não alavancou a tutela que está relacionada com a proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal expõe no artigo 1º os fundamentos base da República Federativa do Brasil, com a finalidade de constituir-se a Nação em Estado Democrático de Direito. A partir daí, buscamos entender os desafios, enfrentados pela sociedade contemporânea, tendo uma visualização especialmente, no que tange à “cidadania”. É sobre este impacto que a Constituição da República se depara com o Neoconstitucionalismo, e sobre este contexto propomos delinear neste texto, tendo como cenário a realidade social brasileira.

Dessa forma, a política social, vista como estratégia de redução da exclusão social, causada pela pobreza e as privações inerentes a esta condição, deve conceder instrumentos que possibilitem a inserção do indivíduo na sociedade de maneira efetiva e permanente. Um dos principais desafios das políticas públicas é ter a capacidade de emancipar o indivíduo, conferindo-lhe autonomia para a vida em sociedade e dando-lhe oportunidades para uma inserção digna.

As políticas sociais estão atreladas ao contexto da sociedade moderna capitalista. Nesse sentido, por exemplo, a efetivação de uma política pública voltada à inclusão social no ensino superior busca a garantia do acesso, a equidade de oportunidades e a efetivação da democratização do meio social. Isto para que o cidadão possa ter condições socioeconômicas compatíveis com aquelas que são impostas pela sociedade, que requer qualificações e conhecimento para a integração da ordem liberal e capitalista do momento.

Diante destas afirmações, o ProUni<sup>1</sup>, como política de inclusão social, surge como sinônimo do resgate da cidadania, da plenitude dos direitos sociais, da participação social e política dos indivíduos (cidadãos) em todos os aspectos da sociedade. Isto é, a inclusão social é caracterizada pelo exercício da cidadania plena ou emancipatória, pela participação social, política e cultural, além do acesso aos direitos básicos.

Neste sentido, observa-se que ProUni realmente realiza a democratização pretendida, uma vez que qualquer cidadão tem a oportunidade de qualificar-se e inserir no meio social. Assim, podendo mudar sua realidade, possibilitando ter uma profissão, melhorando, sua renda e resgatando sua cidadania. Consiste em uma oportunidade de ascensão social, profissional e cultural para aqueles que fora sempre discriminados.

Pois, a desigualdade social existente é fruto da diferença gritante que há nos aspectos socioeconômicos da população em geral. A realidade social de nosso país, não possibilitaria a mudança dos paradigmas e contradições existentes na inserção da população de baixa renda no ensino superior. Visando solucionar parte dessas desigualdades sociais, o plano do governo federal no esforço de ampliar e democratizar o acesso ao ensino superior no país, instituiu-se o ProUni, com a finalidade de destacar a cidadania expandido a consciência de

---

1 O Prouni, criado pelo Governo Federal em 2004, e institucionalizado em janeiro de 2005, pela Lei nº 11.096 (BRASIL, 2005), prevê apoio para o Ensino Superior para pessoas de baixa renda frequentarem, com bolsas de estudo, integrais ou parciais, cursos de graduação de instituições de ensino superior privadas.



direitos, especialmente, para a concretização de direitos sociais, valores e fins constitucionais na sociedade brasileira.

Dessa forma, colocamos a cidadania como unidade central, sempre adquirindo pequenas porções de elementos para sua total formação, para integração no ordenamento jurídico. De outro lado, salientamos que a construção da cidadania no Brasil é muito diferente daquela que se encontra no ensaio clássico do sociólogo inglês T. H. Marshall (1967), autor de um texto básico, mas que não tinha a pretensão de ser uma história da cidadania. Pois, a nossa sociedade moderna adquiriu um grau de complexidade muito grande a ponto de a divisão clássica dos direitos do cidadão em individuais, políticos e sociais não ser suficiente para sanar os desafios da realidade.

Já em outro ângulo, T.H. Marshall (1967) sugeriu que a cidadania transcende os limites dos direitos políticos, tendo acompanhado a progressão linear de direitos, passando da titularidade dos direitos civis à titularidade de direitos políticos e, então, também à titularidade de direitos sociais (ESPADA, 1999). Jürgen Habermas (2003), por sua vez, questiona a análise de Marshall, da cidadania como uma conquista na progressão histórica de direitos, contestando que a aparente titularidade de direitos civis, políticos e sociais pode resultar em uma relação de clientelismo entre o cidadão e o Estado, “empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização”<sup>2</sup>.

Em razão do histórico de segregação racial sofrido pelo Brasil e a fragilidade econômica do Estado brasileiro, o Estado não era suficientemente autônomo, isto é, os indivíduos foram totalmente alijados do processo de integração ao Estado. Característica essencial da cidadania brasileira era a cidadania em negativo, ou seja, não havia povo organizado politicamente, nem sentimento nacional consolidado, porém, o fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão. Em cinco de outubro de 1988 aprovou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, sendo a mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo o nome de Constituição Cidadã.

Por outro lado, a sociedade atual, extremamente complexa e contraditória, as multiplicações de demandas, a convivência paradoxal entre a interação social e proliferação de códigos e multiplicidades culturais, a sofisticação tecnocultural, tem somente aumentado à desigualdade social e a exclusão tem estado à tona a todo o momento.

No estudo em questão, já foi explicitada a releitura histórica da formação da cidadania diante da Constituição como elemento supremo da ordem jurídica vigente no Brasil. No seguir, verifica-se a finalidade do artigo em tangenciar as questões sobre a não efetividade dos direitos sociais, especialmente, o direito a educação. Isso tem reativado a cidadania, expandido a consciência de direitos, no que tange a circunstâncias políticas e sociais peculiares ao Estado.

---

2 “Essa imagem de um progresso linear resulta, é verdade, de uma descrição neutra com relação aos ganhos e perdas de autonomia. É cega em relação ao gozo de um real status de cidadão ativo, através do qual o indivíduo singular pode influir na transformação democrática de seu status. Pois somente os direitos políticos de participação fundamentam a colocação reflexiva do direito de um cidadão. Por sua vez, os direitos negativos à liberdade e os de participação social podem ser concedidos de forma paternalística. Em princípio, o Estado de direito e o Estado social são possíveis sem que haja democracia. (...) Pois direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências. A síndrome do privatismo da cidadania e do exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização” (HABERMAS, 2003)



## 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEU IMPACTO PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO

A Constituição é um documento, via de regra, escrito<sup>3</sup>. Sob a organização da Lei Fundamental busca-se atender aos preceitos dos direitos fundamentais e elevar a democracia a um lugar de destaque perante os cenários jurídico, político e social. E ainda destaca a importância do exercício, da defesa e da promoção de tais direitos por meio da democracia, demonstrando-se assim, a vinculação entre direitos fundamentais e democracia no Estado Democrático de Direito.

A existência da Constituição da República é muito mais singular e simbólica<sup>4</sup>, máxima porque é seu cerne, o Constitucionalismo, que é a verdadeira expressão do significado constitucional. O constitucionalismo, em relação à Constituição, trata do substrato que a preenche, um substrato que é variável e histórico<sup>5</sup> e que demanda aceitação e vinculação espontânea dos que sob a Constituição estão regidos.

Quando se faz referência à aceitação e vinculação espontânea sob a égide dos preceitos constitucionais é no sentido de que a Constituição traz os fundamentos básicos e reflete o ideal de valores morais, éticos e supremos que são essenciais à construção de uma sociedade. Daí porque a Constituição seja o principal mecanismo do Constitucionalismo. Justamente por contar com essa posição ímpar é que recebe a missão de integrar, organizar e dar direção jurídica ao Estado e à comunidade, passando, por conseguinte, a ser a ordem jurídica fundamental da sociedade e do Estado (HESSE, 2009).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Realça-se com uma intensidade maior do que apenas um fenômeno jurídico brasileiro, o movimento constitucional atual pode ser entendido como um fenômeno mundial, que vem se propagando em meio a um conjunto de ideias jurídicas, históricas, filosóficas e sociológicas que apontam para uma nova concepção de Estado, de Direito, de Processo, de Humanidade e de vários outros fenômenos que perpassam a sociedade contemporânea.

Este movimento tem sido identificado pelo termo “Neoconstitucionalismo”, assim, tomando por uma consideração inicial, pode ser interpretado como uma ideia de teoria jurídica que vincula as relações de direitos com o Estado e se propõem a orientar a cooperação entre os povos em dimensões nacionais e internacionais, traduzindo o desejo de uma existência digna através do conteúdo constitucional.

Streck (2009), ao apontar o neoconstitucionalismo como um movimento que promove uma ruptura do paradigma do Estado “liberal-individualista e formal-burguês”, afirma que:

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o

---

3 Como exceção tem-se a Inglaterra que, apesar de trabalhar sobre a ótica do constitucionalismo, não possui uma Constituição escrita. Nesse sentido veja-se Barroso (2010).

4 Assim sendo, a constituição-mito não está limitada a valores preexistentes, pois estes são determinados pelo discurso (ideológico) adotado por uma sociedade. [...] Este enfoque permite analisar a constituição-mito como um núcleo de condensamento de valores de uma determinada comunidade cultural (“toda cultura é realização de valores”). (NADAL, 2006).

5 Daí porque não se pode aceitar como quer que o constitucionalismo seja apenas a “limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat)”, considerando que, no Estado Social o Constitucionalismo além de limitar o poder, impunha obrigações ao Poder. Do mesmo modo, o constitucionalismo no Estado Democrático, temos um constitucionalismo que limita, obriga, (in)valida e (des)legitima o Poder. (BARROSO, 2010).

constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro.

Na atualidade brasileira, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e no Poder Executivo. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que as políticas parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário (BARROSO, 2009).

Dessa forma, por sequência lógica, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte. Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias<sup>6</sup>, aborto de feto anencéfalo<sup>7</sup> e união entre pessoas do mesmo sexo<sup>8</sup>. Com base nisso, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado.

Essa nova concepção de constitucionalismo moderno é denominada por muitos doutrinadores como “neoconstitucionalismo”, por isso que não há mais que se falar na categoria de normas meramente programáticas em relação aos direitos prestacionais. Todo e qualquer direito fundamental estabelece uma posição jurídica fundamental, se constituindo ao mesmo tempo de dimensões positivas e de defesa. Assim vem à tona, a tradicional argumentação de que os direitos fundamentais sociais, por implicarem uma dotação orçamentária para a sua realização, estariam sempre na dependência de uma análise da conjuntura econômico-financeira do Estado e que, conseqüentemente, não haveria legitimidade do Judiciário no sentido de determinar a sua execução compulsória pelos Poderes Públicos.

Dessa forma, salienta-se uma ênfase judicialista que pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas. Ademais, esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Assim, salienta-se outro ponto que o Judiciário surge como protagonista, o que tem sido recorrente em nossa sociedade, como mostra Barroso, quando se trata da judicialização:

---

6 ADIN 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. A ação, proposta contra o art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnava a autorização de pesquisas com embriões humanos resultantes de fertilização in vitro que fossem inviáveis ou estivessem congelados há mais de três anos. A ação foi julgada totalmente improcedente, por 6 votos a 5.

7 ADFP nº 54. A ação, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio, ainda não foi julgada, mas em seu bojo já ocorreram diversas audiências públicas, que provocaram intensa participação da sociedade civil e grande interesse na mídia.

8 ADFP nº 132, Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. A ação julgada em 05/05/2011. O julgamento da ADFP 132 e da ADI 4277 representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito das Famílias. A União homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – é entidade familiar e dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009).

Por outro ângulo, refere-se à ideia de o ativismo judicial estar vinculado a uma participação significativa, no âmbito do Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Para demonstrar esse fenômeno recorre-se novamente aos ensinamentos de Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009).

Com isso, surgem críticas de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito.

Sob este enfoque e tendo em vista a problemática salientada diante à sociedade brasileira contemporânea podem ser apontadas três críticas contra o neoconstitucionalismo: (a) a dimensão judicialista é antidemocrática; (b) a preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; (c) panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. O constitucionalismo contemporâneo está intrinsecamente ligado à reconstrução da dogmática jurídica, isso tende a abandonar a dimensão controladora, denunciada por movimentos críticos. As demandas por cidadania têm nos princípios constitucionais uma ferramenta a respaldá-las.

O conteúdo dos direitos sociais que integram a Constituição da República de 1988 possibilita novo horizonte para o Direito, considerando-os como objetivos democráticos visando a promoção dos direitos fundamentais, assim fazendo do Direito um fortíssimo instrumento de transformação da realidade.

Os riscos advindos da doutrina formadora do neoconstitucionalismo, não obstante reconhecendo a magnitude de seu alcance, alertando-se para os possíveis riscos de sua adoção acrítica (SARMENTO, 2009), aquela que não cristaliza os direitos sociais. Daniel Sarmento (2009), ainda, salienta sobre esses riscos, alertando-nos para o perigo da doutrina neoconstitucionalista, nesse modelo, para a democracia em face da Judicialização excessiva da vida social; o perigo de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem servido dos “privilégios” uma das suas

marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do Direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo.

Para um melhor entendimento do que se opera no Brasil com relação à “omissão” do Legislativo e a “ineficiência/ilegalidade” que ocorre na Administração Pública, esses fatores têm explicitado debates políticos que não solucionam as questões em pauta e acabam sendo direcionado para o Judiciário. Sobre isso, Alexandre Bahia (2012b, p. 118), expõe:

Assiste-se no Brasil a uma tentativa de controle judicial de políticas – não apenas sobre o cumprimento de políticas já aprovadas em leis/regulamentos, mas também controle como “juízo axiológico” das opções do legislador, a partir de critérios pretensamente neutros como “proporcionalidade” e “razoabilidade” – o que implica juízos, por exemplo, de custo-benefício sobre o que é melhor para a sociedade, trocando-se a dimensão deontológica do direito pela lógica gradual de “valores”. A doutrina que tenta agrupar essas novas formas de compreensão e aplicação da Constituição é conhecida normalmente por “neoconstitucionalismo”. (grifos originais)

Assim, verifica-se que a constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo, que surgiu no Brasil após o advento da atual Constituição Federal, é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios, que asseguram os direitos sociais e que possam ser realizados em diversos graus, ou seja, realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e condições jurídicas existentes, quando estas forem ideais, o que raramente ocorre nos casos difíceis em nossa ordem constitucional vigente. Dessa forma, quando não há uma concretização de direitos fundamentais recorre-se às políticas públicas de ações afirmativas.

### 3. DESAFIOS DA SOCIEDADE DIANTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Hoje a sociedade enfrenta vários dilemas com relação à efetivação dos direitos sociais. Desde o início do século XIX, a ideia de Constituição foi adquirindo força, passando a se integrar como base fundamental do ideário político e social dos povos.

A realidade brasileira no que se refere ao descolamento entre a classe política e a sociedade civil, ou seja, os fenômenos da judicialização e ativismo judicial, estas características do neoconstitucionalismo fazem com que as demandas sociais sejam solucionadas, na maioria das vezes de forma efetiva. Assim, diferentes grupos, porém, do mesmo povo que buscam a paz, a proteção da dignidade humana por meio de “garantismo”, instrumento do Direito que levam uma sociedade à harmonia e ao bem estar social. Estes atores sociais buscam a efetivação de seus direitos de maneira mais eficaz junto ao Poder Judiciário que tem atuando na concretização dos valores e fins constitucionais quando há omissão dos outros dois poderes.

De outro lado, as questões que envolvem direitos sociais dependem, inexoravelmente, de uma articulação permanente de cada interessado na efetivação de seu direito. Essa luta social, que é travada para a realização de uma prestação positiva do Estado, ganha destaque no Ordenamento Jurídico. Assinalando essa percepção como fenômeno denominado ativismo judicial, que vem transformando a própria concepção de cidadania e relação entre

indivíduos e o Estado. Baseado na lição de Virgílio Afonso da Silva (2011), que expõe sobre a temática em questão, pode-se afirmar:

Para a reconstrução de um conteúdo essencial dos direitos sociais o problema se coloca novamente. Ao contrário do que ocorre nos casos de restrição à dimensão negativa das liberdades públicas, em que o estado, que *prima facie* deve permanecer inerte, age no sentido de restringir uma ou várias liberdades, nos casos de direitos sociais o que ocorre é o oposto: o estado, que deveria agir para realizar esses direitos, permanece inerte. É possível utilizar para ambos os fenômenos o conceito de restrição, mas desde que as diferenças de sentido não sejam ignoradas.

O Judiciário como instância contramajoritária em nossa sociedade é acionado para efetivar a proteção dos grupos minoritários, ou seja, “excluídos”, que sofrem um abafamento perante a sociedade contemporânea. Podemos tomar como exemplo questões sobre a saúde<sup>9</sup>, questões referentes à orientação sexual ou identidade de gênero, demarcação de terras de povos originários, militantes LGBT<sup>10</sup>, raça, idosos, crianças, grupos religiosos e mulheres.

Esses desafios destacados dentre a sociedade frente ao Estado Democrático de Direito é resultado da não aplicação, ou seja, o não cumprimento das normas constitucionais vigentes, no que tange aos direitos sociais. Pois se verifica que as normas já se encontram no elenco de direitos fundamentais e sociais da Constituição Federal, e por outro lado, o Brasil é signatário de Tratados e Convenções Internacionais que resguardam tais direitos. Portanto os lesionados não acionam os órgãos devidos, para melhor compreensão vejamos o que expõe Alexandre Bahia (2012a):

O resultado do Brasil estar inserido nos sistemas internacional e interamericano de direitos humanos, de forma que a mora em sua aprovação coloca o País em uma situação de para-legalidade (em razão do que dispõem o inciso II do artigo 4º e o §2º do artigo 5º da Constituição). Aliás, qualquer cidadão poderia, atualmente, denunciar o Brasil junto ao Conselho de Direitos Humanos da ONU ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo fato de não possuímos mecanismos que garantam a integridade física e moral dos LGBT, bem como punam de forma eficaz aqueles, o que contraria os incisos I e IV do artigo 3º (CF/88).

---

9 Saúde é uma questão de minoria em nossa sociedade contemporânea. O direito à saúde é um item complexo da agenda política e da agenda governamental e o debate, ou seja, o confronto sobre seu alcance e seu conteúdo se subsume à concepção de saúde adotada para direcionar a sua institucionalidade e sua constitucionalidade.

10 LGBT: lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (travestis e transexuais). Aqui não é considerada a diferença que é feita por alguns entre “minorias” e “grupos vulneráveis” (isto é, grupos que podem até ser compostos por número grande de pessoas, mas que sofrem discriminação, como mulheres, idosos e crianças), haja vista que, como mostra Élica Séguin, não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas os critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “(na prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou(...)) a não nos atermos a diferença existente” (BAHIA, 2012a).

Partindo dessa perspectiva, mesmo que nossa Constituição seja intitulada como “cidadã”, e a Declaração dos Direitos do Homem, “universal”, questionamo-nos a respeito de quanto somos, de fato, cidadãos e até que ponto logramos sucesso em “universalizar” os direitos consagrados em ambos os textos. Ademais, a atual crise na sociedade diante à efetivação dos direitos sociais tem engendrado posturas um tanto interessantes e, até certo ponto, paradoxais, por parte dos organismos jurídicos e pela própria sociedade, que não se define elevando-se uma consciência e maior respeito e tolerância pelo “outro”, ou seja, pelo “diferente”, que faz parte de nossa diversidade multicultural. De outro lado, o Estado tem sido inerte em relação à efetivação dos direitos fundamentais – sobretudo os sociais –, que permanecem um sonho distante.

#### 4. REFLEXO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS DIREITOS SOCIAIS

As transformações sociais advindas de políticas públicas que buscam atingir os direitos sociais, especialmente no que tange à educação têm apresentado uma pequena melhoria em relação ao direito à saúde, na sociedade contemporânea. Diante disso, acredita-se que estamos iniciando uma longa trajetória ao encontro da igualdade de oportunidades, para que haja uma justa competição em qualquer setor ou grau da sociedade democrática.

A desigualdade social presente em qualquer nação, e especificamente, no Brasil, surge como um divisor de classe social – tendo como aparato para tal separação de indivíduos que possuem a mesma tutela jurisdicional – o grau de instrução, - este é um fator determinante para que o cidadão seja “excluído”, e não tenha oportunidade de participação na sociedade, e ainda, há uma limitação dos benefícios sociais, por uma questão de falta de informação, que faz com que este cidadão não tenha acesso.

O desafio da efetividade dos direitos sociais na realidade atual consiste em romper com a seletividade social imposta pela própria sociedade moderna. Essa problemática dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável em nossa coletividade. A questão social se agrava com a restrição de grandes segmentos populacionais de ter acesso aos padrões de proteção social do resguarda pelo Estado.

Dessa forma, os juristas acompanham os debates e discursos críticos sobre as ciências sociais e implementação de políticas públicas; e por outro lado, os “representantes do povo” – democracia representativa – ou seja, aqueles que se agrupam no Congresso Nacional, estes são inteiramente responsáveis pelo “transformismo normativo” (CANOTILHO, 1998), que esperamos para a efetivação dos direitos sociais.

Para melhor entendimento da problemática em questão recorremos ao trabalho denominado Metodología ‘Fuzzy’ y ‘Camaleones Normativos’ en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado na Revista Derechos y Libertades do Instituto de Direitos Humanos da Universidade Carlos III de Madrid, no qual o prof. José Joaquim Gomes Canotilho critica o que chama de imprecisão dos juristas quando tratam do tema dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afirma o constitucionalista português:

Em nosso modo de ver, recai sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica de vagueza, indeterminação e impressionismo, que a teoria da ciência vem designando, em termos algumas vezes caricatu-



rescos, sob a nome de fuzzysmo ou metodologia fuzzy<sup>11</sup>. Com todo seu radicalismo, a censura de fuzzysmo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão tratando quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais. (CANOTILHO, 1998).

Em razão da complexidade que o Estado se vê diante da ineficácia dos direitos fundamentais prestacionais, a qual, em grande proporção, é motivada pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, com o nome de “camaleões normativos”, quer Canotilho enfatizar a suposta indeterminação normativa do sistema jurídico dos direitos sociais, que acarretaria “...confusões entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo, sujeita a configurações político-jurídicas cambiantes”. (CANOTILHO, 1998).

Realmente há uma complexidade em razão da não efetividade dos direitos sociais em nossa sociedade, assim atingindo patamares extremamente elevados. A questão, atualmente mais polêmica, no que se refere à ineficácia dos direitos fundamentais, é a própria ineficácia de políticas públicas, que são muitas vezes, bem formuladas e abrangentes. Como exemplo cita-se a Lei nº. 8080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, que é uma implementação que se universalizou o direito à saúde, apontando para a garantia do pleno acesso aos serviços sem quaisquer critérios de exclusão ou discriminação. Porém mesmo com implantação dessa lei há uma vagueza, em grande escala sobre a concretização do direito à saúde. Isto pode ser caracterizado como um reflexo negativo de políticas públicas, no ordenamento jurídico.

As políticas públicas visam no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, a repartição de custos, benefícios sociais e efetivação de direitos da cidadania. E ainda, envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados, onde há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um consenso, sendo legitimadas com o fim de obter eficácia.

Sob este ângulo, verifica-se que o direito de todo cidadão brasileiro ter acesso universal e igualitário aos serviços, ações e benefícios garantidos na Constituição da República de 1988, no rol dos direitos sociais se dá por meio de implementação de políticas públicas que facilitem as mediações entre interesses e valores dos diversos atores que se defrontam em espaços públicos para negociar soluções para o conjunto da sociedade ou determinados grupos sociais.

Por outro lado, retomemos sob outra dimensão do reflexo positivo que a sociedade obteve com a implementação de políticas públicas no âmbito da educação. Para demonstrar tal resultado referenciamos a Lei nº 11.096/2005, analisando-a com foco nas políticas de ações afirmativas e de inclusão social promovidas, tendo em vista a importância desta iniciativa dentro do contexto do ensino superior brasileiro. Dessa forma, buscando ampliar o acesso ao ensino superior à população de baixa renda, dando condições de acesso, permanência e posterior integração social na sociedade contemporânea.

---

11 A lógica difusa ou lógica fuzzy é uma generalização da lógica booleana que admite valores lógicos intermediários entre a falsidade e a verdade (como o talvez). Como existem várias formas de se implementar um modelo fuzzy, a lógica fuzzy deve ser vista mais como uma área de pesquisa sobre tratamento da incerteza, ou uma família de modelos matemáticos dedicados ao tratamento da incerteza, do que uma lógica propriamente dita. (CANOTILHO, 1998).



O Programa Universidade Para Todos - ProUni é caracterizado como uma ação afirmativa potencialmente inovadora, em virtude de estar voltado a um segmento composto por uma população de baixa renda, com cotas para deficientes, afrodescendentes, negros, indígenas, ou seja, um público vulnerável, com poucos anos de estudo, alvo de discriminações, excluído durante muito tempo do acesso ao ensino superior. É uma iniciativa que está contribuindo para inserção de jovens carentes, permitindo dessa forma, a contribuição com a melhoria de vida destes cidadãos.

## 5. "NÓS O POVO" – NO CENÁRIO BRASILEIRO VISANDO OS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição da República contemporânea se apresenta como norma suprema no nosso ordenamento jurídico. Nesse aspecto, sendo considerada como um produto da maior uma manifestação da soberania popular, isto é, poder originário.

Desse modo, os direitos sociais descritos na Constituição da República de 1998 foram acatados como inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo, que foi reconhecido pela natureza jurídica dos princípios expressamente ou implícitos no texto constitucional. Assim pode-se ressaltar que a terminologia cidadania traz em seus aspectos a ideia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

Dessa forma, verifica-se que o sucesso simbólico e a relevância jurídica da Lei Fundamental é notável, porém, quando se trata da proteção constitucional, que deveria impetrar no ordenamento jurídico, não é eficaz, principalmente, no que diz respeito à efetividade dos direitos sociais.

No Brasil a luta em prol da solidez e efetividade dos direitos sociais elencados na Constituição vem sendo acometida por uma baixa-soberania, que não se estabelece para sanar os compromissos fundamentais que visam uma ordem social democrática. Dessa forma, surge espaço para os particulares intervirem com ações judiciais gerando momentos de crise constitucional devido ao significante número de demandas no cenário brasileiro. Para ilustrar isso se busca os ensinamentos de Ackerman (1990):

Seria cedo demais para afirmar que a Constituição brasileira de 1988 estabelecerá um novo recomeço? Que o Supremo Tribunal Federal consolidará a democracia, fazendo com que a soberania popular institucionalize os direitos fundamentais?

Como órgão interpretador final da Constituição, o STF vem sofrendo uma colisão por falta de funcionalidade no âmbito do Legislativo e do Executivo, mesmo que o Estado tenha uma Constituição ampla e coerente com as carências e a necessidade do povo, nesse momento depara-se com dificuldade para cumprir a efetivação dos direitos sociais. Assim, trazendo uma insatisfação geral para a sociedade, que por meio de seu povo elaborou a Constituição sob a influência de muitos fatores, positivos e negativos, contrários ou favoráveis aos interesses e valores que compõem a nação.

"Nós o povo" brasileiro, ou seja, a cidadania no Brasil teve uma construção, ou ainda, uma formação que não obedeceu ao modelo instituído pelo sociólogo inglês T. Marshall, modelo que seguiu uma ordem de direitos civis, sociais e políticos. O processo de construção da cidadania no Brasil, em diversos momentos, foi guiado pelo Estado e não conquistado pelo povo; a cidadania não era conquistada e sim outorgada pelo Estado. No Brasil

a construção da cidadania aconteceu de uma maneira invertida em relação à construção distinta da cidadania que houve na Europa. Mas não é por isso que o povo brasileiro não esteja em busca de uma isonomia, que se caracteriza por força do compromisso ativista da República moderna com o Bem-estar Social.

A integração social do povo só se dará por meio da garantia da efetividade dos direitos sociais, principalmente, o direito à educação, assim permitindo que a sociedade tenha igualdade de oportunidades em todos os setores sociais e na evolua culturalmente rumo à democracia substancial buscando, além da participação política, a consecução dos direitos fundamentais, importante para a evolução e consolidação do Estado Democrático de Direito. Para isso, salientam-se as reflexões de Ackerman (1990):

Hoje em dia, a educação é, talvez, a função mais importante do estado e dos governos. As leis de frequência obrigatória nas escolas e as grandes verbas dedicadas à educação demonstram nosso reconhecimento sobre a importância da educação para a sociedade democrática. Exige-se no cumprimento das responsabilidades públicas mais fundamentais, até mesmo o alistamento nas forças armadas. Essa é a base fundamental sólida da boa cidadania. Ela é atualmente o instrumento principal no despertar da criança para valores culturais, para a preparação profissional futura e para a sua adaptação adequada no meio social. Nos dias de hoje, duvida-se que qualquer criança possa razoavelmente esperar sucesso na vida se lhe for negada a oportunidade de uma educação adequada. Tal oportunidade, que o Estado se compromete a oferecer, é um direito que deve estar disponível a todos em iguais termos e condições.

Por outro lado, a ausência ou a insuficiência dos direitos sociais, como trabalho (renda), educação, saúde, moradia, alimentação, bem como a existência de circunstâncias e arranjos sociais que dificultam o ingresso a esses direitos e à vida digna, cria sérios impedimentos ao exercício de todos os outros direitos humanos e fundamentais. Nos dizeres de Virgílio Afonso Silva (2011):

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

A unidade de “Nós, o Povo” brasileiro quando se enfoca em abstrato, considerando-o como uma dimensão envolvente a compreender o sentido da formação do sujeito constitucional, ou seja, a construção da cidadania, segundo os dizeres de Bonavides:

A cidadania é a prova de identidade que mostra o vínculo do indivíduo com o Estado, sendo por intermédio dessa relação que uma pessoa constitui parte de um povo. Assim, o estado de cidadania (*status civitatis*) define basicamente a capacidade pública do indivíduo, isto é, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado. (BONAVIDES, 2003).

Dessa forma, o cidadão é aquele que pertence a um espaço predominantemente público e define-se como detentor de um conjunto de direitos e deveres para com outra entidade, também universal, denominada nação. Por outro lado, quando se contextualiza a assertiva “Nós, o Povo” no cenário brasileiro, observa-se que a cidadania vem sofrendo alterações ao longo do tempo, obedecendo a um processo de conquistas sociais, resultantes das pressões exercidas em razão de mudanças dos modelos econômicos, sociais e políticos.

Dessa forma, a identidade de nossa cidadania deve ser vista como um processo de participação do indivíduo ou de um grupo organizado nas mais variadas esferas de atuação na sociedade, no exercício de direitos e deveres políticos, tornando-se o cidadão/cidadã consciente da responsabilidade por sua própria história.

A cidadania é instrumento que leva à concretização da democracia por meio de resultados palpáveis e medidas concretas, tais como mudanças na realidade de cada um com melhoria de vida e conscientização da importância enraizada em um texto constitucional, ou seja, utilizado como base única – para os debates e discurso no meio jurídico emergente, especialmente, no que tange a concretização de direitos sociais. Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo de nossa sociedade moderna, assim verificando uma diversidade da identidade do sujeito constitucional, como cidadão plural que se desdobra, por exemplo, em identidades nacionais diversas, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas.

Para compreendermos esse movimento e dimensões da relação existente entre “Nós o Povo” e o Estado Democrático de Direito, que é integrado por uma sociedade multicultural, trazemos à tona as reflexões de Michel Rosenfeld (2003):

O constitucionalismo não faz sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo (...) seria supérfluo. (...) o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo.

O pluralismo da sociedade brasileira que está presente em “Nós o Povo”, que é tutelado pela Constituição Federal, numa perspectiva universal e idealizada de valores fundamentais da pessoa humana. Além disso, incluem-se os fatos políticos e sociais de maior relevância jurídica, com a finalidade de identificarem-se as características básicas do constitucionalismo contemporâneo que se instituiu após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por outra dimensão, quando se trata de estabelecer uma ordem única, para solucionar conflitos gerados pela não efetividade dos direitos sociais entre “Nós o Povo” e o Estado, com isso surge em nosso cenário brasileiro a judicialização e o ativismo judicial, que coloca o Poder Judiciário como órgão central de realização de direitos sociais, isso pode ser definido como uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Considerando que nossa sociedade atual é composta por um alto nível de desigualdade social, por uma imensa falta de instrução dos indivíduos e pela formação invertida da cidadania. Quando menciono a formação da cidadania invertida, saliento que Marshall identificou três elementos básicos formadores do conceito de cidadania, que obedecem a

uma progressão de direitos civis, políticos e sociais. No entanto, a visão panorâmica da evolução da cidadania no Brasil surge invertendo essa sequência proposta por Marshall. No caso brasileiro, por exemplo, os direitos sociais começaram a existir em plena ditadura varguista (anos 1930), ou seja, na ausência de direitos políticos.

Esses fatores determinantes da construção da cidadania são tidos como experiência e isso dificulta a mobilização popular por via do direito. Outra estratégia para a realização dos direitos sociais é a implementação de políticas públicas que são os meios pelos quais os fins constitucionais podem ser realizados de forma abrangente e sistemática.

As questões que envolvem direito e política nascem dos próprios conceitos que assinalam essas zonas de atividade humana. Com isso, o resgate do sentido legítimo de política depende, inexoravelmente, de uma articulação permanente entre a cidadania e a democracia. Nesse sentido, preciosa a fala de Rodolfo Arango (2009):

Las estrategias políticas se relacionan fundamentalmente con las reformas de diseño institucional a favor de los derechos sociales y su mayor grado de realización, con el activismo de organizaciones e la movilización ciudadana en el proceso político y en la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales, y con la protección multinivel utilizada para satisfacer este tipo de derechos.

As políticas públicas funcionam como instrumentos de união e empenho, em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses, se tornando um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular.

Assim sendo, para assegurar os direitos sociais do cidadão é necessário um conjunto coerente de ações de iniciativa dos poderes públicos e das sociedades que irão garantir, através das políticas sociais, os direitos referentes à saúde, à previdência e à assistência social. Abranger os direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Sendo necessário que estas políticas públicas, sejam bem organizadas e eficazes.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve consideração ressalta-se que o presente artigo abordou sobre a cidadania e as transformações sociais frente ao neoconstitucionalismo, assim, verificou-se que a cidadania a partir da Constituição da República de 1988, passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, do sistema político, econômico e social. E assim, sendo, o estado existe para proteger e tutelar o cidadão, assegurando condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus objetivos com a mais ampla proteção e que tenha oportunidade de participar da democracia.

Sendo assim, de acordo com o Artigo 3º da Constituição da República são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa, livre e solidária, promovendo o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Partindo dessa explicitação dos objetivos fica visível que a Constituição é e deve ser identificada como um projeto aberto constante a novas inclusões que visam uma melhoria social.

Por outro lado, olhando pela posição a atual da Constituição, a sua hermenêutica apresenta uma tensão constante entre Democracia versus Constituição, sendo de um lado, a soberania popular; de outro lado, a vontade das minorias que acionam o Judiciário para efetivar seus direitos e acaba desestruturalizando o Executivo, e o Legislativo excede nas emendas constitucionais, que muitas vezes, tratam de assuntos desconfortáveis e não geram efeito na sociedade.

Esses grandes desafios vivenciados pela sociedade brasileira e as crises existentes na efetividade do cumprimento dos direitos sociais, gera a problemática de decisões sobre assuntos polêmicos, que para se esquivar de resolver essa questão, o parlamento se coloca em posição conservadora e direciona o assunto para o Judiciário.

Os direitos sociais, independentemente de sua especificação em questão, sejam nas esferas, trabalhistas, de moradia, de educação, de saúde ou outras, possuem uma vinculação que os une, o qual, por decorrência, não só submete tais direitos a um próprio regime jurídico que os causa, como também reclama que sejam todos interpretados de forma lógicos, em outras palavras, que sejam caracterizados e o mais importante que sejam efetivados, para que a cidadania seja vinculada ao Estado Democrático de Direito.

A politização do Poder Judiciário, a judicialização da política, o ativismo judicial e, em especial, no que tange ao desenvolvimento e efetivação de direitos sociais consagrados na Constituição, são temas centrais na atual conjuntura do Estado Social Democrático, este fenômeno pode ser caracterizado como neoconstitucionalismo.

Outro aspecto relevante, é que a sociedade contemporânea como um todo se encontra em processo de evolução a respeito das transformações sociais geradas pela busca da efetivação dos direitos sociais. Dessa maneira a cidadania assume uma posição hermenêutica diante à Constituição para reivindicação de direitos, especialmente, quando se trata de grupos minoritários e excluídos. Hoje, deparamos com uma enorme dificuldade em conviver com o “diferente”, ou seja, estamos enraizados no passado, sendo consumidos por um conservadorismo que nos deixa, inerte e alienado à existência do “outro”. Pois, sob essa perspectiva é necessário que tenhamos tolerância e sejamos conscientes do que aquele “outro”, também tem direito de ser, de existir, de galgar pela felicidade de forma digna e de usufruir dos preceitos constitucionais da Norma Jurídica vigente, que estabelece proteção e assegura igualdade a todos.

Para sanar essa dificuldade existente e proliferadora de crises sociais é necessário expandir a consciência da humanidade, para o fato de que os seres humanos necessitam da convivência com a diversidade, buscando sempre a tolerância, o respeito aos valores e costumes tradicionais de cada povo. Quando a humanidade atingir esse patamar de resiliência, no sentido de valorização do ser humano sem precedentes, assim podemos ter uma harmonia entre relações políticas, sociais e culturais e, e por fim a realização da justiça, ou seja, a complexidade da efetivação dos direitos sociais será superada, pois, no entanto a Constituição pressupunha a estabilidade social e política.

## 7. REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We The People**: Foundations. Massachussets: Harvard University Press, 1990.

ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de La cuestión y perspectivas de futuro. **Cuaderno Electrónico**, nº 5, 2009.

- BAHIA, Alexandre. Direito a não-discriminação e homofobia no Brasil, resoluções internacionais e constituição de 88. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (coord.). **Direito à diversidade e o estado plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012a.
- BAHIA, Alexandre. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes et al. (coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, p.71-91, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 29 mai. 2013.
- BRASIL. Lei nº 11.096 – 13 jan. 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – Prouni, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, altera a Lei nº 10.981, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 14 jan. 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “Fuzzy” y “Camaleones Normativos” en la Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Derechos y Libertades, **Revista do Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 6, B.O.E. Madrid. 1998. p. 37-39.
- ESPADA, João Carlos. **Direitos Sociais de Cidadania**. São Paulo: Massao Ohno, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. vol. I. 2.ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Tradução de Meton Porto Gadelha, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.
- NADAL, Fábio. **A constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição**. São Paulo: Método, 2006.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233-272.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo. 2ª edição. Ed. Malheiros. 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discrecionalidade dos Juizes”. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, ano I, n. 1. Curitiba, 2009.

**Maria Gorete Ferreira**

mgfunivas@hotmail.com

Doutoranda em Ciências da Linguagem PPGCL - Universidade do Vale do Sapucaí Univás.  
Bolsista da FAPEMIG. Mestre em Direito



# A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

## THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN NATURAL PERSONS CIVIL REGISTRY

Eloy Pereira Lemos Junior  
eloyjunior@uol.com.br

Débora de Freitas Palhares  
deborafreitaspalhares@yahoo.com.br

Recebido: 11-12-2017

Aprovado: 27-5-2019

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 os direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito. 3 O registro civil das pessoas naturais como um direito coletivo. 4 O registro civil das pessoas naturais e o seu papel na efetividade dos direitos fundamentais. 4.1 Registro de Nascimento. 4.1.1 Convênio entre o serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais e a maternidade e o Provimento 13 do CNJ. 4.2 Registro de Casamento. 4.3 Registro de Óbito. 4.4 A imunidade dos emolumentos do registro de nascimento e óbito e a primeira via da certidão respectiva. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

### **RESUMO:**

O artigo visa apontar os documentos oficiais de Registro Civil como meios de aplicação efetiva de cidadania correspondente à aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a partir da aplicação de seus atos destinados ao indivíduo. Cabe mencionar, portanto, que os referidos atos oficiais devem coadunar com a proteção aos direitos fundamentais. Daí a ideia da necessidade de desburocratização dos trâmites cartorários, de modo a propiciar um amplo acesso aos direitos inerentes à pessoa humana, sejam eles o nome, registro matrimonial, registro de óbito, entre outros. Busca-se, para construção do presente artigo, asseverar a necessidade de fortalecimento dos serviços

### **ABSTRACT:**

The article aims to point out the official documents of Civil Registry as means of effective application of citizenship corresponding to the application of the Principle of the Dignity of the Human Person from the application of his acts destined to the individual. It should be mentioned, therefore, that these official acts must be consistent with the protection of fundamental rights. Hence, the idea of reducing the bureaucracy of registry office procedures, in order to provide broad access to the rights inherent to the human person, be they name, matrimonial registration, death registration, among others. The purpose of this article is to assert the need to strength-

registrais e sua estruturação como avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais e sua materialização, objetivo primordial de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, o que demonstra a relevância da temática. Valeu-se do método de estudo dedutivo, além da pesquisa bibliográfica documental como instrumentos basilares para realização do presente trabalho.

**Palavras-chave:**

Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Registro Civil das Pessoas Naturais.

en registration services and structure them as an advance in the recognition of fundamental rights and their materialization, the primary objective of a Democratic State of Law as Brazil, which demonstrates the relevance of the subject. It was based on the method of deductive study, in addition to the documentary bibliographical research as basic instruments for the accomplishment of the present work.

**Keywords:**

Fundamental rights; Dignity of Human Person; Civil Registry of Individuals.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade verificar a importância do Registro Civil das Pessoas Naturais na sociedade demonstrando que os registros nele realizados são considerados um direito fundamental de todo ser humano, daí a elevada relevância social e jurídica, motivo de debates políticos e grandes inovações legislativas, no sentido de facilitar e incentivar o acesso da população ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

A metodologia utilizada na realização deste trabalho foi o método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica documental, com destaque para doutrinas, artigos e jurisprudências, visando ao esclarecimento do que há de mais relevante no que concerne à proteção dos direitos fundamentais no registro civil das pessoas naturais.

O trabalho apresenta três capítulos, além da introdução e conclusão, divididos em: os direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito; o registro civil das pessoas naturais como um direito coletivo; o registro civil das pessoas naturais e o seu papel na efetividade dos direitos fundamentais; destacando, neste último capítulo, o registro de nascimento, o registro de casamento, o registro de óbito e as imunidades dos emolumentos do registro de nascimento e óbito e a primeira via da certidão respectiva.

Destaca-se o registro civil das pessoas naturais como um representante da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que tais serviços prestados possui relevância universal, ou seja - de interesse de todos -, sem distinção, e tem como foco principal a salvaguarda do homem e sua dignidade. Desta forma, objetivou-se desenvolver um trabalho que demonstre a importância e o valor do registro civil das pessoas naturais, que busca, através de seus atos, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

## 2. OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O objetivo principal de um Estado Democrático de Direito atual é garantir, viabilizar e concretizar a todos os direitos indispensáveis ao exercício da dignidade da pessoa humana. O Estado deve garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais.

Não há como afirmar com precisão quando ocorreu, de fato, o surgimento dos direitos fundamentais. Porém, faz-se certo constatar que os direitos fundamentais, como verdadeiras conquistas evolutivas da sociedade, somente triunfaram no fim do século XVIII, por intermédio das revoluções liberais americana e francesa. A Revolução Francesa de 1789, sintetizando seus ideais no tripé: liberdade, igualdade e fraternidade, foi uma das revoluções mais importantes para o começo da conquista dos direitos fundamentais.

Para Gregório Peces-Barba Martínez,

O século XVIII é o século das luzes, o tempo dos direitos. Trata-se de momento de maturação do conceito de direito humanos, mesmo que eles não tenham se apresentado com toda a sua complexidade e a plenitude de suas características. No século XIX, tem início a construção intelectual dos direitos sociais, desenvolvidos no século XX, o século de ampliação da proteção para o restante dos direitos e da pessoa situada e concreta. (apud ALMEIDA, 2008, p. 297).

É importante ressaltar que a construção de uma proteção realmente efetiva dos direitos fundamentais ainda encontra-se em desenvolvimento e foi somente a partir do século XVIII que a doutrina dos direitos humanos evoluiu e vem evoluindo.

Direitos fundamentais são aqueles indispensáveis, imprescindíveis à condição humana; são direitos básicos e, portanto, chamados fundamentais, sem os quais se torna impossível viver em sociedade.

Os direitos fundamentais tem as seguintes características, entre outras: historicidade (tratam-se de garantias que se incorporam no patrimônio do titular ao longo do processo de maturação das relações sociais e, umas vez incorporados, tais direitos não podem ser retirados ou limitados); universalidade (alcançam todo ser humano sem distinção); imprescritibilidade (não perecem ou caducam em razão da inércia de seu titular); inalienabilidade (o titular de tais direito não pode deles lançar mão, não se admitindo que deles renuncie).

Conforme se verifica do próprio texto do capítulo I, do título II, da Constituição de 88, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, a Carta Magna rompeu com a visão meramente individualista dos direitos fundamentais, abrangendo assim o direito coletivo, o qual diz respeito aos direitos das massas, direitos transindividuais, cuja titularidade pertence a coletividade de pessoas. O fato de o legislador constituinte de 1988 ter inserido a tutela jurídica do direito coletivo no plano da teoria dos direitos e garantias fundamentais representa uma verdadeira mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro.

Afirmativa errada seria dizer que os direitos fundamentais só teriam sentido se previstos constitucionalmente. Nos termos do §2º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2019, *online*), “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Neste sentido, os direitos e garantias da constituição não fazem com que outros que já existem ou vierem a existir sejam excluídos

por não estarem expressamente nela. Os direitos fundamentais formam um mínimo de direitos garantidos, estando o legislador ordinário autorizado a acrescentar outros. O rol constitucional é meramente exemplificativo.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal, buscou um aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos como decorrência da tutela avançada dos direitos fundamentais. Assim é que, os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado previsto no citado artigo passam a ter o status de emenda constitucional.

Resume, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 310),

Direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e a sua existência com dignidade.

Conclui-se, portanto, que os direitos humanos e/ou direitos fundamentais têm como núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, pode-se incluir o direito ao registro, referente ao Registro Civil das Pessoas Naturais, entre os direitos humanos: um poder-dever que garante um mínimo necessário e imprescindível à dignidade humana.

### 3. O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS COMO UM DIREITO COLETIVO

A Constituição Federal de 1988 constitui-se, sem dúvidas, na consagração de conquistas jurídicas, sociais e políticas, de longe, as mais importantes da história do Brasil e mais transformadoras.

Uma das grandes novidades da Constituição Federal foi a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Inovou, assim, na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria de uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social.

Concordando com Gregório Assagra de Almeida, com a vigência da Constituição de 1988, não houve a recepção da *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado. A nova *summa divisio* constitucionalizada no país é Direito Individual e Direito Coletivo. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal, a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual, quanto de normas de Direito Coletivo.

Nos dizeres de Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 361 e 362),

O Capítulo I do Título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos. Outros argumentos existem,

cabendo destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da sociedade, com o Estado Democrático de Direito e a necessidade de se estabelecer enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta a ciência jurídica, de dimensão prática estabelecida, em tempos atuais, pelo pós-positivismo jurídico.

A *summa divisio* implantada na Constituição Federal Brasileira de 1988 é a Direito Coletivo e Direito Individual.

Pois bem, o que nos interessa aqui é o Direito Coletivo. Conceitua o instituto, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 437),

Direito coletivo pode ser conceituado como a parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses coletivos legítimos.

Os direitos coletivos são de três espécies: direitos ou interesses difusos; direitos ou interesses coletivos em sentido estrito; e, direitos ou interesses individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do art. 81, nos dá o conceito do que são esses direitos.

O art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC (BRASIL, 2019, *online*), dispõe que são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 481 e 482) aduz,

Utilizando os critérios seguidos pelo CDC, verifica-se que, sob o aspecto subjetivo, os direitos ou interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis.

Pelo aspecto objetivo, pertinente ao objeto dessa categoria de direitos ou interesses coletivos, observa-se que eles são indivisíveis.

Por fim, pelo aspecto origem, verifica-se que os direitos ou interesses difusos têm origem comum, geralmente, sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares.

Assim, pode-se dizer que essa espécie de direito é transindividual (metaindividual ou supraindividual), indivisível e pertencente à coletividade formada por pessoas ligadas por uma situação de fato.

São considerados direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* pelo CDC, art. 81, parágrafo único, inciso II (BRASIL, 2019, *online*), “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Nos dizeres de Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 483),

No sentido dos critérios do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis.

Sob o aspecto objetivo, por serem transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis na forma dos difusos.

Sob o aspecto origem, seus titulares – grupo, categoria ou classe de pessoas – estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre si ou com a parte contrária.

Essa espécie de direito, portanto, é transindividual, de natureza indivisível, pertencente a um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, mas determináveis, e que tem origem em relação jurídica base que não se confunde com a relação jurídica controversa que será analisada no processo coletivo. Essa relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao direito do grupo, classe ou categoria.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, parágrafo único, inciso III (BRASIL, 2019, *online*), de forma sucinta, conceitua os direitos individuais homogêneos como sendo “os decorrentes de origem comum”.

Completa o conceito, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 485),

Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas facilmente determináveis.

Pelo aspecto objetivo e pelo caráter predominantemente individualizado são eles divisíveis e distinguíveis entre seus titulares.

Pelo aspecto origem são eles de origem comum. Em relação à origem comum é que há ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, em que se exige prévia relação jurídica-base, geralmente nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias, não obstante sejam, quanto à titularidade e ao objeto, totalmente distinguíveis.

Os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, que, em razão de sua origem comum, podem ser tutelados de forma coletiva. Aqui há um vínculo em comum entre pessoas identificadas ou identificáveis, sendo o direito ou interesse divisível.

Portanto, analisando o Registro Civil de Pessoas Naturais e seus objetivos, pode-se concluir que se trata de um direito coletivo, mais especificamente do tipo difuso, pois se trata de direito indivisível pertencente a titulares indetermináveis, a todos os indivíduos indistintamente.

#### 4. O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E O SEU PAPEL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Seguindo a evolução dos tempos, o poder estatal passou a delegar os serviços de registro a pessoas físicas selecionadas em exame de títulos e provas, bem como corrigi-lo e fiscalizá-lo em conformidade com os ditames legais. À luz do artigo 1º da Lei de Registro Públicos (Lei n. 6.015/73), os serviços concernentes foram estabelecidos pela lei civil para publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Depreende-se dos textos constitucional e legal que fazer documentos públicos, autenticar fatos e dar publicidade jurídica a determinados fatos e situações relevantes para a sociedade constituem funções do Estado. No entanto, a própria Lei Maior dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos por pessoas físicas, em caráter privado, por delegação do Poder Público (artigo 236 da CF/88). Por sua vez, o artigo 3º da Lei n. 8.935/94, que complementa a norma constitucional, estabelece que o notário ou tabelião, e o registrador ou oficial de registro, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício das atividades supracitadas.

Neste sentido, cabe ressaltar que, os Registros Públicos em geral, como o próprio nome já diz, trata-se de serviço público, porquanto alcança um número indeterminado de pessoas que a todos interessam. Importa também ao próprio Estado, o que traduz um relevante interesse público. Todavia, tal serviço é prestado por particulares, ditos delegatários, aos quais o Poder Público delega tal prestação sob um regime que lhes é peculiar.

Sobre o serviço registral disposto na Lei n. 6.015/73, Walter Ceneviva (2010, p. 55) acrescenta

Os serviços concernentes aos registros relacionados no art. 1º são desempenhados em serventias confiadas a delegados do Poder Público (art. 2º). A estes o Estado delega a função de receber, conferir e transpor para seus livros declarações orais ou escritas sobre fatos jurídicos e negócios jurídicos dos interessados ou apresentantes. Feitos os registros, passam ao conhecimento de todos os que queiram ou devam ser informados a respeito, exceto os submetidos, por lei, ao sigilo.

Pois bem, o Registro Civil de Pessoas Naturais é um serviço público regulado, basicamente, pelas Lei n. 6.015/73, Lei n. 8.935/94 e pelas Normas de Serviço editadas pelas Corregedorias Gerais de Justiça Estaduais, tendo a atribuição de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia do atos e fatos ocorridos ao longo da vida, bem como das questões de estado da pessoa natural.

O Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), como seu próprio nome indica, tem como foco de interesse a pessoa física ou natural, ou seja, o indivíduo, o ser humano. Cabem ao registrador civil o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte, tendo em vista que tais fatos e atos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas interessam a toda sociedade.

Como bem resume Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 140),



Em suma, o Registro Civil das Pessoas Naturais é o repositório dos atos de estado civil, o mecanismo apto para constatação e publicação dos fatos e atos que definem o estado de uma pessoa física. Vimos acima que cabe ao Estado, por meio do Direito, a tutela da identidade e dos atributos dos indivíduos. Esta proteção não se limita à segurança do corpo e do espírito da pessoa humana, mas também ao livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato desse ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção a personalidade, já que ambas estão relacionadas. Portanto, ao lado da igualdade formal, o direito também tutela a igualdade substancial, o que apenas é possível com a identificação do estatuto legal particular de cada indivíduo, que é dado por seu estado pessoal.

A importância do Registro Civil de Pessoas Naturais é de tal forma que seu serviço será prestado, além dos dias normais, aos sábados, domingos e feriados.

Nos termos do artigo 4º e seu §1º da Lei n. 8.935/94 (BRASIL, 2019, *online*),

Art. 4º. Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

§1º. O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.

Em face da sua importância e do fato de tratar de eventos urgentes e relacionados à existência da pessoa humana, o RCPN é o único serviço que trabalha de forma contínua, sem interrupção. Podem ser lavrados registros em qualquer dia e horário, inclusive aos finais de semana, sem que se verifique nulidade ou irregularidade dos assentos. Com efeito, ao contrário do que sucede no Registro de Imóveis e outros serviços, não incidem a proibição, nem a cominação de nulidade, no tocante ao Registro Civil das Pessoas Naturais, de atos de registro lavrados fora das horas regulamentares, ou em dias que não haja expediente.

De forma geral, as serventias de RCPN ficam abertas de segunda-feira a sexta-feira, ficando de plantão nos sábados, domingos e feriados. Os horários de funcionamento são fixados pelo juiz competente de acordo com as normas de cada Estado.

Portanto, pode-se dizer que o registro civil de pessoas naturais tem como função o registro de fatos e atos importantes para a identificação e proteção da pessoa natural e para sua vida jurídica e social, tais como o nascimento, casamento, óbito, interdição, emancipação, opção de nacionalidade, entre outros atos importantes relacionados ao estado da pessoa. Enfim, facilmente se constata que o serviço em apreço tem como elemento o ser humano e a proteção à sua dignidade é visível nos atos que o registrador pratica.

#### 4.1. Registro de Nascimento

O nascimento com vida faz surgir a pessoa natural e o atributo da personalidade jurídica (artigo 2º do Código Civil), ou seja, o principal efeito jurídico do nascimento com vida é a aquisição da personalidade. Logo, o nascimento é um evento natural do qual emanam

atributos, tais como, o nome, o estado, o domicílio, o patrimônio ou ainda a capacidade jurídica, daí a relevância de determinar e de comunicar a todos os membros da sociedade a partir de que momento um indivíduo adquire personalidade, nasce. Esta função, desempenhada pelo registrador civil, diz respeito a um questão fundamental do direito civil.

Os direitos da personalidade só foram admitidos, a princípio, como universais e inerentes à pessoa, a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, após longa evolução histórica. Vários tratados internacionais procuraram efetivar tais direitos em diversos países. Esses direitos da personalidade são as prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuas e oponíveis *erga omnes*, que correspondem a toda pessoa por sua condição de tal, a princípio, desde seu nascimento até a sua morte, e das quais não pode ser privada pelo Estado nem por outros particulares porque isso implicaria desrespeito a personalidade e conseqüentemente aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Os direitos personalíssimos constituem uma inconfundível categoria de direitos subjetivos essenciais, que pertencem à pessoa simplesmente por sua condição humana e que se encontram ligados ao indivíduo.

Tais direitos existem e são oponíveis *erga omnes* independentemente do registro e da publicidade do evento “nascimento”. Não obstante, as qualidades das pessoas devem ser constatadas para que possam ser provadas e levadas ao conhecimento de terceiros.

O registro de nascimento é o primeiro ato de cidadania da pessoa natural. Com ele, o ser humano tem a possibilidade de exercer os direitos mais básicos indispensáveis à sua dignidade.

Neste sentido, Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 181),

[...] Mas o principal, e que serve de origem para algum deles, é o registro de nascimento que por isso é denominado de primeiro documento da cidadania: trata-se de documento indispensável para a constatação das qualidades pessoais, não apenas pela prova das situações jurídicas, como também pela publicidade que garante a oponibilidade dessas situações.

Acrescenta ainda, Mario de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli de Oliveira (2014, p. 112),

É óbvio que ninguém precisa de uma certidão lavrada em cartório para ter a certeza de que está diante de uma pessoa humana, portanto, diante de um titular de direitos e deveres. No entanto, sem a certidão de nascimento, não é possível individualizar aquela pessoa; sem a certidão, não se sabe seu nome, sua idade, sua nacionalidade, sua filiação, enfim, não se sabe quem é.

Por isso, pode-se dizer que o registro civil de nascimento é um ato simples, sem maiores formalidades, desburocratizado e gratuito, porém sua importância é inegável, pois por meio dele emanam todos os demais direitos inerentes ao exercício da cidadania. Dessa forma, fica claro que o registro de nascimento é o suporte para todos os demais atos da vida civil de qualquer pessoa.

As principais características do registro de nascimento são: a gratuidade (por força constitucional do artigo 5º, inciso LXXVI, e pelo artigo 30 da Lei de Registros Públicos, por ser o registro e a certidão de nascimento considerados atos essenciais ao exercício da

cidadania); perpetuidade (os registros de nascimento são conservados pelas serventias para sempre. Incumbe ao registrador conservar os livros e documentos que instruírem os registros em local apropriado, protegendo-os de qualquer fator que possa destruí-los, inclusive o tempo); obrigatoriedade (nos termos do artigo 51 da Lei n. 6.015/73, todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro. Quer a lei que todo nascimento seja objeto de registro).

Ainda sob a ótica da cidadania, o registro civil de nascimento traz os três elementos que identificam a pessoa natural, quais sejam: seu nome, seu domicílio e seu estado, este composto pelo político (concernente à naturalidade e à nacionalidade), individual (idade, sexo e capacidade) e, por fim, familiar (filiação, parentesco). Deste modo, resta claro que o registro de nascimento carrega os principais elementos identificadores e a carga genealógica da pessoa natural, o que lhe franqueia conhecer seus ancestrais e sua origem familiar. Trata-se de direito fundamental da pessoa humana, portanto.

Neste sentido, é de se notar a importância do nome na identificação e individuação das pessoas. Segundo, Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 169)

O nome, invocador de toda uma história, de um passado e de uma tradição familiar, continua a ser um importante elemento de identificação e, mais do que isso, um direito da personalidade. Pode-se afirmar que, nos dias atuais, os dois sistemas coexistem: o nome, para uso dos homens; o número para uso das máquinas. Com efeito, mais do que um mero sinal identificador do indivíduo, o nome constitui um direito inerente ao ser humano, de tal forma que não pode existir pessoa natural sem nome, tampouco é possível a sua renúncia.

A atribuição do nome à pessoa natural é um direito fundamental essencial. Dessa forma, o nome é o sinal que identifica e individualiza a pessoa no grupo familiar e na sociedade. É tão importante que o artigo 58 da Lei n. 6.015/73 dispõe que o prenome é definitivo. No entanto, este mesmo dispositivo estabelece a exceção ao princípio da imutabilidade do prenome no caput e no §1º, além de outras exceções previstas em lei.

Ocorria dúvida na questão do nome no caso de criança nascida morta (natimorto). Neste caso, não é feito o registro de nascimento. Segundo o artigo 53, §1º da Lei n. 6.015/73, o registro da criança nascida morta deverá ser feito no Livro C Auxiliar, com os “elementos que couberem”. A lei não veda que os pais declarem no registro de criança nascida morta o nome e sobrenome do registrando. Pelo contrário, o artigo 53, §1º, da Lei n. 6.015/73 dispõe que, no caso de a criança ter nascido morta, o registro deve ser feito no Livro C Auxiliar com os elementos que couberem, e é certo que o nome é um dos elementos do registro de óbito (artigo 80, §5º, da Lei n. 6.015/73) e também do assento de nascimento (artigo 54, n. 4, da Lei n. 6.015/73). Apesar do nascituro não possuir personalidade jurídica, a questão deve ser analisada não sob a ótica dos direitos do nascituro ou do natimorto, mas sim sob os direitos da gestante ou dos genitores e sob o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido deve ser entendido o Enunciado 1 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2019, *online*): “1 – Art. 2º. A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Ainda acerca do nome, há de se frisar o importante papel do registrador no momento da lavratura do registro de nascimento. De acordo com a artigo 55, parágrafo único, da Lei

6.015/73, os oficiais de registro não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores. Portanto, facilmente se constata que atribuir nome a outrem é coisa séria. Logo, deve o oficial de registro impedir qualquer tentativa do declarante no sentido de se tentar registrar algum nome capaz de expor seu portador a situações vexatórias. Sem sombra de dúvidas, esse poder atribuído ao oficial para impedir tal intento lamentável representa uma salvaguarda aos direitos da personalidade daquele que está preste a ter o nascimento registrado.

Uma questão que merece destaque apontar aqui é a recente decisão (09/05/2017) do STJ no Recurso Especial n. 1626739/RS<sup>1</sup>, acerca da possibilidade de alteração de nome e gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. O Superior Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso especial interposto autorizando a retificação do registro civil independente da cirurgia de transgenitalização sob o fundamento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, houve resguardo aos direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

Em julgamento no Supremo Tribunal Federal, o assunto foi decidido em sede do Recurso Extraordinário n. 670422<sup>2</sup>, julgado no segundo semestre de 2018 e provido pela maioria dos votos. Mantida a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Ainda no assunto, em 28 de abril de 2016, foi editado o Decreto n. 8.727, da Presidência da República (BRASIL, 2019, *online*), o qual dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Tal Decreto ensejou a possibilidade de requerimento, pelas pessoas travestis e transexuais, de terem o nome social incluído no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), conforme Instrução Normativa 1.718/2017 da Receita Federal do Brasil (RFB, 2019, *online*).

Porém, outros elementos identificadores lançados nos assentos registrares também são de suma importância. Um desses elementos é a nacionalidade.

Entende-se por nacionalidade o vínculo jurídico existente entre o Estado e o indivíduo, por meio do qual este se torna parte integrante do povo daquele. Cada Estado deve definir quem são seus nacionais. No caso do Brasil, é a própria Constituição, com exclusividade, quem define os critérios para aquisição da nacionalidade brasileira. O artigo 12, inciso I, da Constituição Federal de 1988, estabelece quem são os brasileiros natos, ou seja, aqueles com nacionalidade originária brasileira. Segundo o critério *jus soli*, é brasileiro o nascido no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Pois bem,

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1626739 RS 2016/0245586-9. Quarta Turma. Decisão em 09/05/2017. DJe 01/08/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9?ref=juris-tabs>. Acesso em 06 jun. 2019.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670422. Procedência Rio Grande do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ Nr. 169 do dia 20/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em 06 jun. 2019.

pode-se dizer que nascimento com vida dentro do território nacional confere ao nascido um vínculo jurídico-político de cidadão brasileiro para com a nossa pátria.

Neste sentido, José Afonso da Silva (2004, p. 320).

Ora, a nacionalidade é um direito fundamental do homem, sendo inadmissível uma situação independente da vontade do indivíduo, que o prive desse direito. A Declaração Universal dos Direitos Humanos bem reconhece, quando estatui que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Outra situação muito recorrente que representa um avanço à proteção da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento da paternidade feita direta e administrativamente pela serventia extrajudicial, sem a necessidade de se passar pela demora de um processo jurisdicional. O Provimento 16 de 2012 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019, *online*) veio para facilitar a atribuição do vínculo de paternidade àqueles que foram registrados apenas com o nome da genitora.

Segundo tal provimento, a qualquer momento, mesmo após a lavratura do registro, a mãe poderá comparecer pessoalmente perante o oficial de registro civil de pessoas naturais e apontar o suposto pai, enquanto o filho não adquirir a maioridade. Quando completar dezoito anos, o próprio filho poderá comparecer pessoalmente perante o registrador e apontar o suposto pai. A partir daí, o registrador seguirá o procedimento simplificado da Lei n. 8.560/1992 (BRASIL, 2019, *online*).

Pode ocorrer, ainda, que o próprio pai procure o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais para reconhecer espontaneamente a paternidade de filho cujo vínculo parental não foi estabelecido no registro de nascimento. O reconhecimento de paternidade deve ser declarado em documento particular que ficará arquivado em cartório. A própria serventia pode confeccionar o termo de reconhecimento de filho, contendo os dados identificadores do pai e do filho reconhecido, que deverá ser assinado por ambos, quando o reconhecido tiver completado a maioridade. Caso o filho reconhecido seja menor, o termo será assinado pelo pai e pela genitora.

Indubitavelmente, isso representa mais uma amostra da atribuição de direitos fundamentais à pessoa humana, pela via desburocratizada do Registro Civil das Pessoas Naturais, sem perder de vista a segurança jurídica, eficácia, autenticidade e publicidade dos atos praticados.

#### **4.1.1. Convênio entre o serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais e a maternidade e o Provimento 13 do CNJ**

Para dar uma maior efetividade aos direitos fundamentais inerentes ao Registro Civil das Pessoas Naturais, existe um convênio entre as serventias e as maternidades, visando facilitar o registro de nascimento dos recém-nascidos e acabar com o sub-registro nos Estados brasileiros.

O CNJ editou o Provimento 13 de 2010 (BRASIL, 2019, *online*) que tem por finalidade a erradicação do sub-registro civil de nascimento, mediante a instituição de convênios entre os serviços de registro civil de pessoas naturais e maternidades, para que os registros das crianças nascidas nestes estabelecimentos hospitalares sejam feitos em

“tempo real”, isto é, no mesmo dia em que ocorrer o nascimento, com a entrega imediata da certidão concernente.

Desse modo, evita-se que os pais tenham que se locomover até a unidade de serviço competente para proceder à declaração do nascimento e providenciar tal registro. A distância entre a maternidade e os cartórios, a falta de condições econômicas dos pais para arcarem com o transporte até a serventia, além de outros fatores, contribuem para o alto número de sub-registro nas regiões mais pobres do Brasil, prejudicando o exercício da cidadania e menosprezando o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o programa são criadas as chamadas “Unidades Interligadas”, situadas nas maternidades conveniadas que interligam o hospital às serventias de registro civil por meio de salas, devidamente aparelhadas, utilizando-se de sistema informatizado conectado à internet.

Um preposto da serventia (ou funcionário devidamente treinado do hospital) permanecerá diariamente nesta unidade, na qual procederá à recepção dos dados necessários ao registro do nascimento e sua remessa ao cartório, por meio da internet. Recebidos os dados na serventia, será lavrado o registro de nascimento e enviada a respectiva certidão à unidade interligada. A certidão será então emitida na maternidade e entregue ao genitor, a fim de que a mãe e/ou a criança receba alta já com o seu primeiro documento de cidadania em mãos.

Segundo Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 217),

O primeiro passo para a implementação do programa é o estabelecimento do convênio com a maternidade local, para que seja reservada sala apropriada para o funcionamento da unidade interligada, bem como equipamentos necessários (computador, programa informático, acesso à internet, impressora e certificado digital). As pessoas responsáveis pela coleta, envio de dados e impressão da certidão de nascimento devem ser prepostas do cartório ou da maternidade. Neste último caso, deve ser treinada pelo registrador acerca das cautelas e procedimentos necessários para garantir a exatidão e veracidade dos dados exigidos por lei. O registrador não responde pelos danos causados aos usuários pelo preposto da maternidade, já que não possui com o mesmo qualquer vínculo jurídico, não se aplicando as figuras da culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.

Cumprе ressaltar que a Unidade Interligada que conecta estabelecimento de saúde aos serviços de registro civil não é considerada sucursal da serventia, o que é vedado pela Lei n. 8.935/94, uma vez que, pode se relacionar com diversos cartórios situados no município em que se localiza o hospital.

A permanência do registrador ao Sistema de Unidades Interligadas não é obrigatória. De qualquer forma, o registro de nascimento e a entrega da certidão competente aos pais que ainda se encontram no hospital é um serviço de relevância pública e deve ser garantido, ainda que por outros mecanismos.

#### **4.2. Registro de Casamento**

É no Registro Civil de Pessoas Naturais que se lavram um dos mais importantes e solenes atos da vida civil da pessoa humana: o casamento.



O casamento é um dos modos de constituição da família e se caracteriza pela comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. A Constituição de 1988, em seu artigo 226, §5º, dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. A instituição do matrimônio é protegida pela Constituição, que veda qualquer interferência de pessoa de direito público ou privado na vida familiar.

Logo, denota-se que o casamento tem um caráter instrumental, porquanto representa, ao mesmo tempo, forma de constituição de família, bem como meio jurídico-legal para que duas pessoas se unam com propósitos comuns, a fim de alcançarem a realização plena e felicidade pessoal.

Trata-se, pois, de verdadeiro direito humano fundamental.

Por se tratar de uma importante alteração do estado da pessoa natural acarretando também consequências jurídicas que vai além do âmbito de vida do casal, o casamento deve ser registrado no Livro B ou, a depender, Livro B-Auxiliar, para que possa ganhar publicidade irrestrita e chegar ao alcance de toda a sociedade.

Cumpra-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF<sup>3</sup>, conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Ou seja, o STF deixa claro que o instituto da união estável se aplica tanto aos casais heterossexuais, quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo.

De acordo com Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 260),

Na ação supracitada, o STF deixou assentado que a Constituição não proíbe a formação de família por pessoa do mesmo sexo. Pelo contrário, os princípios nela consagrados, notadamente o da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantem a cada pessoa a livre escolha de seu parceiro afetivo e sexual e os companheiros em razão de sua orientação sexual.

Neste sentido, é notório concluir que se a lei garante a possibilidade da conversão da união estável em casamento, em se tratando de casais heterossexuais, o mesmo direito vale para os casais homoafetivos. E, por igual razão, é possível o casamento direto entre homossexuais. Confirmando tal entendimento, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175 de 2013 (BRASIL, 2019, *online*), que veda a recusa de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

### 4.3. Registro de Óbito

A personalidade civil se extingue com a morte. A morte é um fato natural que produz efeitos jurídicos relevantes e, por isso, deve ser tornada pública aos demais membros da

---

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ADI 4277 DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em 06 jun. 2019.



comunidade, não só para prova da não mais existência física e jurídica da pessoa, como para que os efeitos jurídicos derivados de tal evento possam ser oponíveis *erga omnes*.

Em decorrência da morte surgem diversas situações jurídicas, as quais, entretanto, exigem prova do falecimento e esta é o registro do óbito, refletido através da certidão de óbito. Desta forma, se prova a morte pela certidão extraída do assento de óbito.

Portanto verifica-se o papel preponderante do Registro Civil de Pessoas Naturais quando do registro de óbito no resguardo dos direitos fundamentais. Há, não somente no assento de óbito mas em qualquer ato praticado pelo RCPN, um papel difuso na implementação de políticas públicas pelo Estado, pois os dados recolhidos por tais serventias na realização de seus atos são repassados ao Poder Público que, por meio deles, pratica esforços na consecução de programas destinados à realização de interesses públicos nas mais diversas áreas. Por exemplo, por meio dos dados constantes dos registros de óbitos, o Poder Público tem a possibilidade de realizar estudos, pesquisas e investimentos na área de saúde pública. Cumpre ainda salientar que todas as informações prestadas pelo RCPN ao Poder Público são destituíveis de qualquer custo, além do que este tem acesso ao dados repassados de forma precisa.

#### **4.4. A imunidade dos emolumentos do registro de nascimento e óbito e a primeira via da certidão respectiva**

Devido à importância do registro civil de nascimento e de óbito, a Constituição Federal de 1988 previu, no seu artigo 5º, inciso LXXVI, que o assento de nascimento e de óbito são gratuitos e, ainda, que realizados fora dos prazos legais, sobre eles não incidirão eventuais multas.

Todas as pessoas humanas, sem distinção, passam pelo Registro Civil de Pessoas Naturais, ao menos duas vezes na vida: quando nascem e quando morrem.

Nos termos do artigo 45 da Lei n. 8.935/94 (BRASIL, 2019, online), “são gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva”.

Não há sentido na cobrança, tendo em vista que os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com seu exercício. Se extrai dessa imunidade a facilidade de acesso ao registro civil, representando assim uma importante ferramenta destinada a reduzir sub-registro no Brasil, entre outras consequências.

Cumpre salientar que não apenas o registro de nascimento e óbito são isentos de emolumentos, mas também o casamento civil tem isenção declarada no artigo 226, §1º da Constituição Federal e no artigo 1.512, parágrafo único, do Código Civil, pois impõem a todos a gratuidade da celebração matrimonial, bem como, para os reconhecidamente pobres, a habilitação, o registro e a primeira certidão de casamento, conforme conceito legal. Neste ato, referente ao casamento, o benefício da gratuidade não é geral, mas direito subjetivo dos reconhecidamente pobres.

Tais isenções são tão importantes que será extinta a delegação ao oficial de registro pelo seu descumprimento comprovado da gratuidade estabelecida pela Lei n. 9534/97. Portanto, mais uma amostra do importante papel do Registro Civil de Pessoas Naturais, contribuindo para o reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Registro Civil das Pessoas Naturais tem como foco de interesse a pessoa física, o indivíduo, o ser humano. Cabe a este serviço o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte, uma vez que tais fatos e atos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas também interessam a toda a sociedade.

Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana, pois o resguardo da dignidade da pessoa humana e da cidadania são fundamentos da República Federativa do Brasil.

É claro, porém, que há muito a se caminhar na busca da otimização da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente tendo-se em mira aumentar a efetivação de tais direitos na prática. De nada adianta uma teoria primorosa sobre direitos desta natureza, enquanto presencia-se violações destes no cotidiano.

O Registro Civil de Pessoas Naturais, ciente do papel fundamental que exerce, busca modernizar seus atos sempre na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, têm a todo tempo buscado a melhoria dos serviços prestados, a inclusão de novas atribuições e a modicidade das custas e emolumentos cobrados, sempre com o objetivo de garantir os direitos fundamentais à população brasileira. Claro que tal esforço é enviado sem perder de vista a segurança jurídica, a autenticidade, a eficácia e a publicidade dos atos praticados, que são, em última análise, os fins precípuos das instituições registrais e notariais como um todo.

Portanto, o fortalecimento do Registro Civil das Pessoas Naturais representa um avanço na proteção dos direitos fundamentais, na medida em que tais serviços prestados são de interesse de todos, sem distinção e tem como foco principal a salvaguarda do homem e sua dignidade.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito Civil**. Enunciado 1. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 13 de 2010**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_corregedoria/provimentos/provimento\\_13.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_13.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 16 de 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1299>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.

- BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8560.htm). Acesso em: 06 jun. 2019
- BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: REsp 1626739 RS 2016/0245586-9. Quarta Turma. Decisão em 09/05/2017. DJe 01/08/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9?ref=juris-tabs>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670422. Procedência Rio Grando do Sul. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ Nr. 169 do dia 20/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE ADI 4277 DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 06 jun. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMARGO NETO, Mario de; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. CASSETARI, Christiano (Org.). **Coleção cartórios: registro civil das pessoas naturais.** São Paulo: Saraiva, 2014.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos comentada.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. **Registros Públicos e Legislação Correlata.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DOMINGUES FILHO, José. **Registros Públicos em cotejos e consertos.** Campo Grande: Contemplar, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notarias.** Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática.** Salvador: JusPodivm, 2016.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1718, de 18 de julho de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=84588>. Acesso em: 06 jun. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

### **Eloy Pereira Lemos Junior**

[eloy.junior@uol.com.br](mailto:eloy.junior@uol.com.br)

Doutor em direito pela UFMG (2007), possui mestrado e especializações. Foi bolsista CAPES (2005) na Universidade de Lisboa, atualmente bolsista FUNDEP-UFMG (desde 2013). Avaliador de cursos de direito pelo INEP-MEC (desde 2010). Atualmente, é professor titular do mestrado e da graduação da Universidade de Itaúna (MG), titular na graduação da UEMG, UNIPAC. Tem experiência na área de direito, com ênfase em direito empresarial. Conselheiro editorial e parecerista de revistas especializadas em direito, palestrante, orientador de trabalhos científicos, participante de NDE - Núcleo Docente Estudante e de bancas diversas.

### **Débora de Freitas Palhares**

[deborafreitaspalhares@yahoo.com.br](mailto:deborafreitaspalhares@yahoo.com.br)

Graduada em Direito pela PUC/MG; Pós Graduada em Direito Notarial e Registral pela AVM Faculdade Integrada; Pós Graduada em Português Jurídico pela AVM Faculdade Integrada; Pós Graduada em Direito Processual pela AVM Faculdade Integrada; Pós Graduada em Direito Tributário pela AVM Faculdade Integrada. Aluna do curso de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, MG.