

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

VOLUME 9 • Nº 3 • DEZ • 2019

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

**Editores responsáveis por essa edição:**

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 9	n. 3	p. 1-412	Dez	2019
--	----------	------	------	----------	-----	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

#### **EDITOR**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

#### **EDITORES ADJUNTOS**

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
- vol. 9, n. 3 (dez. 2019) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

# Sumário

<b>A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS .....</b>	<b>13</b>
Ivo Teixeira Gico Junior	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>14</b>
<b>2 A natureza econômica dos bens e serviços .....</b>	<b>16</b>
<b>3 A natureza econômica do direito .....</b>	<b>19</b>
<b>4 A complementariedade do direito e dos tribunais .....</b>	<b>25</b>
<b>5 A natureza econômica dos tribunais .....</b>	<b>28</b>
5.1 A tragédia do judiciário.....	30
<b>6 Conclusões .....</b>	<b>34</b>
<b>DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO .....</b>	<b>41</b>
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>42</b>
<b>2 Espécies de prorrogação.....</b>	<b>42</b>
2.1 Prorrogação por emergência .....	43
2.2 Prorrogação por reequilíbrio .....	45
2.3 Prorrogação por interesse público.....	46
<b>3 Condições para a prorrogação por interesse público .....</b>	<b>50</b>
3.1 Pagamento pela prorrogação da outorga.....	50
3.2 Redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados .....	51
3.3 Realização de novos investimentos na concessão .....	52
3.4 Adequação do contrato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor .....	52
3.5 Inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão .....	53
3.6 Adoção das melhores práticas regulatórias no contrato de concessão .....	53
3.7 Extinção do caráter de exclusividade da concessão .....	54
3.8 Reorganização das áreas de concessão.....	54
3.9 Vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários .....	55
3.10 Incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão.....	55
3.11 Solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais .....	56
3.12 Quaisquer outras condições propostas pelo Poder Concedente por ocasião da prorrogação.....	56
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>57</b>

**PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS .....62**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori

1 Introdução .....	63
2 O Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: leitura constitucional .....	64
3 Regra ou exceção: a intervenção federal do Rio de Janeiro como manifestação da naturalização da seletividade punitiva .....	71
4 Considerações finais .....	79

**POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO.....84**

Ricardo Lins Horta

1 Introdução .....	85
1.1 O problema da tomada de decisão numa perspectiva interdisciplinar .....	88
2 A resposta no nível psicológico .....	89
2.1 A mente inconsciente .....	90
2.2 O programa das heurísticas e vieses e as teorias do duplo processo .....	93
3 A resposta no nível biológico .....	96
3.1 A explicação evolucionista .....	97
3.2 A explicação neurocientífica .....	102
4 Aplicações práticas no campo do Direito .....	110
5 Considerações finais .....	113

**A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS..... 124**

Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz

1 Introdução .....	125
2 O Princípio da Segurança Jurídica e a proteção da confiança .....	126
2.1 O conceito e aplicabilidade do Princípio da Segurança Jurídica .....	127
3 O Princípio da Segurança Jurídica e as Leis nº 9.784/99 e nº 13.655/18 .....	129
3.1 A segurança jurídica, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 e os arts. 21 e 24 da Lei nº 13.655/18.....	131
4 Aplicabilidade prática do Princípio da Segurança Jurídica.....	133
5 Considerações finais .....	136

**SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO ..... 140**

Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent

1 Introducción.....	141
2 Marco conceptual de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) .....	142
3 Experiencias en Francia, Colombia y Formalización de las SAS en México .....	143

4 Formalización de las SAS en México.....	144
5 Marco Metodológico .....	149
6 Resultados: Análisis y opinión sobre las disposiciones de la autoridad .....	149
7 Conclusiones .....	151

**LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES..... 155**

Giraldo Yanitza

1 Introducción .....	156
2 La economía colaborativa en Colombia .....	157
3 Desarrollo normativo de la economía colaborativa en Colombia .....	159
4 Economía colaborativa e informalidad.....	162
5 Desigualdad social, promoción del trabajo digno y economía colaborativa.....	165
6 Trabajadores digitales que desarrollan una actividad independiente.....	166
7 La regulación de las plataformas digitales .....	166
8 Conclusiones .....	168

**IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT ..... 173**

Mary Maerz

1 Introduction .....	174
2 Undercover Investigations of Industrialized Animal Agriculture.....	175
3 Empirical Evidence and the Pitfalls of Pro-Carceral Animal Law .....	178
4 How the Animal Rights Movement Relates to Anthropocentric Social Movements .....	183
5 Pro-Carceral Animal Law Within Social Movement Development Theory .....	185

**PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....190**

Bianca Baracho

1 Introdução .....	191
2 A Justiça Restaurativa e o atual processo de implementação no Chile.....	193
3 Definindo Justiça Restaurativa .....	194
3.1 A Justiça Restaurativa como um mecanismo de justiça.....	196
4 Acessibilidade e Justiça Restaurativa .....	197
4.1 Desafios impostos à acessibilidade num serviço de Justiça Restaurativa .....	197
5 A acessibilidade na experiência chilena .....	199
5.1 A percepção dos operadores sobre a experiência .....	200
5.1.1 Consciência acerca da Justiça Restaurativa e mediação penal.....	200

5.1.2 Sobre o programa e elementos que constroem a confiança.....	203
<b>6 Conclusões e discussão: desafios da acessibilidade a JR no âmbito da justiça.....</b>	<b>204</b>
6.1 Criando bases para o trabalho dentro de um marco restaurativo .....	204
6.2 Trabalhando critérios para a participação em um procedimento restaurativo.....	205
6.3 Estabelecendo a relação institucional-organizacional na implementação da Justiça Restaurativa .....	206

**A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL..... 212**

Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado

<b>1 Introdução.....</b>	<b>213</b>
<b>2 Metodologia e delimitação temporal da pesquisa.....</b>	<b>214</b>
<b>3 Fluxo de processos e o tempo no curso da persecução penal.....</b>	<b>215</b>
<b>4 As relações organizacionais .....</b>	<b>219</b>
4.1 Análise a partir das condenações .....	219
4.2 Redes de governança.....	224
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>226</b>

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA..... 231**

Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez

<b>1 Introdução .....</b>	<b>232</b>
<b>2 Políticas públicas de recursos hídricos, planejamento urbano e saneamento básico .....</b>	<b>233</b>
<b>3 A governança das águas e o papel dos municípios .....</b>	<b>235</b>
<b>4 O planejamento de recursos hídricos, de saneamento básico e de uso e ocupação do solo .....</b>	<b>237</b>
4.1 Planejamento do saneamento básico.....	238
4.1.1 Abastecimento de água potável.....	238
4.1.2 Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.....	239
4.1.3 Esgotamento sanitário .....	240
4.1.4 Drenagem urbana .....	241
4.2 Planejamento do uso e ocupação do solo .....	241
<b>5 Concepção dos planos .....</b>	<b>242</b>
<b>6 Implementação dos planos .....</b>	<b>243</b>
<b>7 Comitês de Bacia Hidrográfica e a governança entre os entes.....</b>	<b>244</b>
<b>8 Considerações finais .....</b>	<b>245</b>

**A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA..... 250**

Pedro Niebuhr

<b>1 Introdução .....</b>	<b>251</b>
---------------------------	------------

<b>2 A justificativa para isentar as atividades econômicas de baixo risco dos procedimentos autorizatórios/licenciatórios, bem como para prever a aprovação tácita no caso de silêncio administrativo .....</b>	<b>253</b>
<b>3 A análise da isenção de ato autorizativo para atividades econômicas de baixo risco e da aprovação tácita em matéria urbanística e ambiental .....</b>	<b>257</b>
3.1 Isenção de ato autorizativo para atividades econômicas de baixo risco .....	257
3.1.1 O possível conflito de competência e antinomias .....	259
3.1.2 O critério de definição das atividades liberadas de prévia aprovação administrativa pode não coincidir, necessariamente, com o grau de impacto ambiental e urbanístico da atividade .....	260
3.1.3 A inexistência de direito preexistente ao desenvolvimento atividade potencialmente impactante ou utilizadora de recursos naturais, bem como do direito de construir independentemente do grau de impacto na vizinhança.....	261
3.1.4 A norma ambiental e/ou urbanística não pode isentar a respectiva licença/autorização para atividades potencialmente causadoras de impactos relevantes no meio ambiente e na vizinhança .....	264
3.2 Aprovação tácita diante do silêncio administrativo.....	265
3.2.1 A exceção da aprovação tácita nas atividades causadoras de significativo impacto ambiental introduzida pela Medida Provisória nº 915, de 27 de março de 2019.....	267
3.2.2 A adequada inteligência da aprovação tácita nos domínios ambientais e urbanísticos .....	268
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>269</b>

**A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....274**

José Adércio Leite Sampaio

<b>1 Introdução .....</b>	<b>275</b>
<b>2 A intervenção federal .....</b>	<b>275</b>
<b>3 A cláusulas de garantia e de violência doméstica na constituição estadunidense .....</b>	<b>276</b>
<b>4 O poder presidencial de emergência .....</b>	<b>281</b>
<b>5 O difícil controle judicial da intervenção federal .....</b>	<b>285</b>
<b>6 A intervenção federal como um “black hole” .....</b>	<b>286</b>
<b>7 Considerações finais .....</b>	<b>288</b>

**THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS295**

Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães

<b>1 Introduction .....</b>	<b>296</b>
<b>2 Species of prorogation.....</b>	<b>296</b>
2.1 Emergency prorogation.....	297
2.2 Rebalancing prorogation .....	298
2.3 Public interest prorogation .....	299
2.3.1 Subspecies of prorogation by public interest.....	302
2.3.1.1 Common prorogation .....	302
2.3.1.2 Early prorogation.....	302

<b>3 Constitutionality of the early prorogation.....</b>	<b>304</b>
3.1 Canon of constitutional interpretation useful for interpreting the CRFB/88, Art. 175, sole para., I....	304
3.2 Result of applying the principle of maximum effectiveness.....	304
<b>4 Conclusion .....</b>	<b>307</b>

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?..... 313**

Fernando Leal

<b>1 Introdução .....</b>	<b>313</b>
<b>2 AIR e Proporcionalidade: aproximações e distinções estruturais .....</b>	<b>315</b>
2.1 Aproximações gerais: AIR e proporcionalidade como metodologias de decisão .....	315
2.2 Aproximações e distinções específicas.....	319
2.2.1 Metodologias de decisão orientadas para o futuro.....	319
2.2.2 Aplicabilidade e relações com problemas normativos.....	324
2.2.3 Aplicáveis por quem e em que momentos? .....	325
2.2.4 Controle judicial e compatibilidade com modelos de deferência a escolhas técnicas.....	327
2.2.4.1 Dois problemas .....	327
2.2.4.2 Deferência e discricionariedade epistêmica .....	328
2.2.5 Pretensão de neutralidade e politização .....	333
2.2.5.1 Localização dos problemas .....	333
2.2.5.2 Justificando as críticas .....	336
2.2.6 Operacionalização e idealização: como escapar de objeções de sobreracionalidade? .....	338
2.2.6.1 Os fundamentos da crítica.....	339
2.2.6.2 Revisões baseadas em erros só aferíveis ex post como problema especial.....	342
<b>3 Considerações finais .....</b>	<b>343</b>

**“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS .....**

Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

<b>1 Introdução .....</b>	<b>351</b>
<b>2 Por uma contextualização do tema: as bases pré-compreensivas da crise .....</b>	<b>352</b>
2.1 A superação da separação clássica de funções estatais e a crise no relacionamento entre os Poderes ...	352
2.2 Concertação, democracia dialógica e a transformação das estruturas organizatório-funcionais do Estado em um pluralismo de ações .....	353
2.3 Legislação governamental e judicialização da política em um ambiente de constitucionalismo de resultado .....	355
<b>3 O problema da legitimação dos juízes .....</b>	<b>358</b>
3.1 Legitimidade, juridicização da política e limites de atuação.....	358
3.2 Legitimidade social e politização do Poder Judiciário.....	360

3.3 A concretização judicial de políticas públicas em virtude de omissões estatais caracterizadoras de um “estado de coisas inconstitucional”.....	364
3.4 O legislador de terceiro grau e sua legítima capacitação para tal mister.....	366
<b>4 Últimas reflexões para concluir .....</b>	<b>368</b>

**CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL? ..... 373**

Cristóbal Carmona Caldera

<b>1 Introducción .....</b>	<b>374</b>
<b>2 ¿El CPLI como regla general? .....</b>	<b>375</b>
2.1 El consentimiento como excepción: el “enfoque de escala gradual”.....	376
2.2 De excepción a regla general: el CLPI en el caso de proyectos extractivos en territorio indígena.....	378
2.2.1 Derecho de propiedad, uso tradicional y consentimiento.....	379
2.2.2 El CLPI como “regla general” en la jurisprudencia internacional.....	381
2.2.3 El art. 32 de la DNUDPI .....	382
<b>3 ¿La costumbre internacional sin Estado? .....</b>	<b>383</b>
3.1 La costumbre en el Derecho Internacional Público .....	383
3.2. Los derechos establecidos en la DNUDPI como derecho consuetudinario internacional .....	384
3.3 El CLPI como derecho consuetudinario internacional.....	389
3.3.1 El CLPI como “norma emergente de derecho internacional” .....	389
3.3.1.1 Opinio iuris y jurisprudencia de órganos de tratado.....	391
3.3.1.2 La naturaleza del consentimiento en el art. 32 de la DNUDPI.....	393
3.3.1.3 La costumbre internacional sin práctica estatal ni opinio iuris.....	394
<b>4 A modo de conclusión ¿Hacia un derecho internacional sin Estado?.....</b>	<b>395</b>

**SUÍTE MÚSICO-JURISPRUJENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO ..... 401**

Marcílio Toscano Franca

<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>409</b>
Envio dos trabalhos:.....	411

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A natureza econômica do direito  
e dos tribunais**

**The economic nature of law and  
courts**

Ivo Teixeira Gico Junior

# A natureza econômica do direito e dos tribunais\*

## The economic nature of law and courts

Ivo Teixeira Gico Junior\*\*

### Resumo

Este artigo explora a natureza econômica do direito e dos tribunais como uma explicação para o problema endêmico de congestionamento judicial. A Teoria Econômica de Bens e Serviços é usada para demonstrar que o direito como coerção é um bem de clube, os tribunais são bens privados e ambos são bens complementares. Esses resultados são usados para mostrar que as políticas tradicionais de acesso irrestrito à justiça transformam a natureza econômica dos tribunais de bem privado em recurso comum, o que gera congestionamento. Tal congestionamento natural decorrente do livre acesso ao sistema pode levar à negativa de acesso efetivo aos direitos, a Tragédia do Judiciário.

**Palavras-chave:** Congestionamento Judicial. Teoria do Direito. Natureza do Direito. Natureza dos Tribunais. Tragédia do Judiciário.

**JEL:** K40; K41; K49.

### Abstract

This paper explores the economic nature of law and courts as an explanation for the endemic problem of court congestion. The Economic Theory of Goods and services is used to show that law as coercion is a club good, courts are private goods and both are complementary goods. These results are used to show that traditional unrestricted access-to-justice policies transform the economic nature of courts from private goods to a common pool resource and that will lead to congestion. This natural congestion can lead to effective access denial to rights, the Tragedy of the Judiciary.

**Keywords:** Judicial Congestion. Legal Theory. Nature of Law. Nature of Courts. Tragedy of the Judiciary.

\* Recebido em 27/04/2019

Aprovado em 24/07/2019

\*\* Professor de Análise Econômica do Direito, Contratos, Antitruste e Regulação no Centro Universitário de Brasília – UniCeUB. E-mail: gico@ghdadvogados.com.br.

# 1 Introdução

Quem suportará os golpes do destino, Os erros do opressor, o escárnio alheio, A ingratidão no amor, **a lei tardia**, [...] Quando podia procurar repouso Na ponta de um punhal?

(SHAKESPEARE, Hamlet, Ato 3, Cena 1).

O Judiciário é uma tecnologia institucional desenvolvida ao longo de milhares de anos de experimentação humana com um único propósito: resolver disputas aplicando as regras jurídicas<sup>1</sup>. Há debate sobre o fato de o sistema adjudicatório, também, se prestar a outras funções, como o controle social (aplicação local de regras formuladas por um governo central) ou a criação das próprias regras<sup>2</sup>. No entanto, na minha opinião, a função de controle social não é uma característica própria dos tribunais em si, mas sim do sistema jurídico como um todo — do qual os tribunais são apenas um elemento — e a ideia de controle social está embutida na condição “aplicando as regras jurídicas”. Quanto à função legislativa<sup>3</sup>, mesmo em sistemas de direito consuetudinário, as regras criadas pelos tribunais (precedentes) são, na verdade, apenas subprodutos de suas atividades de resolução de disputas. Além disso, a função legislativa é normalmente limitada por leis e — via de regra — requer o surgimento de uma disputa prévia<sup>4</sup>. Normalmente, os precedentes não podem afastar as leis e, portanto, a atividade legislativa judicial limita-se às ambiguidades e às lacunas do direito positivo. Em qualquer caso, o fato de o Judiciário servir ou não a outras funções é irrelevante para o argumento aqui desenvolvido, já que minha preocupação principal é com a natureza econômica do direito e dos tribunais.

Um Judiciário que funcione bem é essencial para o desenvolvimento de qualquer nação. De uma perspectiva pública, a existência de um mecanismo imparcial de resolução de controvérsia permite aos grupos políticos alcançar soluções de compromisso *ex ante* (ou seja, leis) que, se violadas, serão devidamente impostas *ex post* por esse mecanismo externo (*enforcement*). Do ponto de vista privado, o Judiciário não apenas protege os direitos dos cidadãos contra possíveis violações pelo próprio governo (freios e contrapesos) e por terceiros, mas também permite que os indivíduos cooperem uns com os outros para atingir seus objetivos por meio da geração de compromissos críveis (ou seja, contratos). No entanto, a função institucional do Judiciário requer que qualquer violação de direito seja corrigida em tempo hábil. Nesse contexto, o congestionamento dos tribunais é um problema socioeconômico que reduz a efetividade do Judiciário como mecanismo de promoção de cooperação e de desenvolvimento<sup>5</sup> e, em longo prazo, o valor de coordenação do próprio direito.

Em quase todo o mundo, é comum dizer que o Judiciário está em crise<sup>6</sup>. Em muitos países, o Judiciário

<sup>1</sup> A pergunta “quem faz as regras?”, em uma abordagem da ciência política, ou, mais tradicionalmente na literatura jurídica “quais são as fontes do direito?” são assuntos diversos do aqui discutido.

<sup>2</sup> SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

<sup>3</sup> Sobre a função legislativa do Judiciário em um sistema romano-germânico, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, maio/ago. p. 55-84, 2018.

<sup>4</sup> Mesmo no caso excepcional em que algum tribunal possa ter jurisdição *suo moto*, isto é, a capacidade de iniciar casos, como no Paquistão (QAZI, Asher A. “Suo Motu: Choosing Not to Legislate.” *In*: CHEEMA, Moeen H.; GILANI, Ijaz S. *Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court*. Islamabad: Oxford University Press, 2015), essa competência ainda é limitada pela necessidade de existência de uma disputa.

<sup>5</sup> Por exemplo, há alguma evidência de que a morosidade judicial aumenta a criminalidade, na medida em que criminosos aplicam uma taxa de desconto ao processo punitivo e/ou estão cientes da probabilidade de prescrição decorrente da demora judicial. Nesse sentido, vide PELLEGRINA, Lucia Dalla. “Court delays and crime deterrence: an application to crimes against property in Italy.” *European Journal of Law & Economics*, p. 267-290, Sept. 2008.

<sup>6</sup> Cfr. DAKOLIAS, Maria. *Court Performance around the World: a comparative perspective*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 1999. FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n° 350). VAN RHEE, C.H. (Remco); FU Yulin, . *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Dordrecht: Springer, 2014. v. 31.

é considerado lento, ineficiente e caro.<sup>7</sup> Várias reformas foram executadas para tentar acelerar os tribunais<sup>8</sup> e muitas outras estão em andamento,<sup>9</sup> mas os resultados até agora não foram satisfatórios e é razoável dizer que o número de casos e o congestionamento nos tribunais podem estar aumentando em muitas jurisdições, inclusive no Brasil.

Inúmeras razões foram oferecidas para explicar o congestionamento dos tribunais: falta de recursos,<sup>10</sup> procedimentos complexos,<sup>11</sup> incentivos dos advogados,<sup>12</sup> incentivos dos juízes,<sup>13</sup> má gestão,<sup>14</sup> cultura de litígio,<sup>15</sup> baixa qualidade das leis<sup>16</sup>, número excessivo de leis,<sup>17</sup> baixo investimento em segurança jurídica,<sup>18</sup> entre outros. Esforços têm sido feitos para tentar identificar a relevância de cada uma dessas possíveis explicações e, então, resolvê-las.<sup>19</sup> Todavia, a ideia de que a própria natureza do direito e do sistema adjudicatório possam contribuir para o problema do congestionamento ainda não foi explorada, e é justamente essa ideia que proponho desenvolver neste artigo.

O conhecimento da natureza econômica do direito e dos tribunais é um passo importante para compreender, plenamente, o comportamento dos sistemas adjudicatórios em todo o mundo e pode ser um passo substancial em direção a uma teoria econômica positiva do direito. Uma vez que se percebe que o direito

<sup>7</sup> Um relatório do *Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA* concluiu que o atual sistema romano-germânico, prevalente na América Latina e em grande parte da Europa continental, criou um processo que é “lento, escrito, formal y burocrático” BURBANO, Carolina Villadiego. “Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe.” Justice Studies Center of the Americas, 2009. p. 188.

<sup>8</sup> A reforma processual mais antiga de que tenho notícia foi realizada pelo Rei Sumério Shulgi de Ur, filho do Rei Ur-Namma, entre 2.094 e 2.047 AEC (cfr. ROTH, Martha Tobi. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Piotr Michalowski. Atlanta, Georgia: Society of Biblical Studies, 1997. v. 6. p.13; MICHLOWSKI, Piotr; WALAKER, C.B.F. *A New Sumerian “Law Code”*. Vol. Occasional Publications of the Samuel Noah Kramer Fund, em *Dumu-e2-dub-ba-a: Studies in Honor of Åke W. Sjöberg*, edição: Hermann Behrens, Darlene Loding e Martha T. Roth, 383-396. Philadelphia: The University Museum, 1989. Ao que tudo indica, ainda estamos tentando melhorar o Judiciário desde então.

<sup>9</sup> É fácil encontrar contínuas reformas dos sistemas judiciais ao redor do mundo, normalmente pelas mesmas razões. Por exemplo, dezoito países da União Europeia adotaram algum tipo de reforma processual em 2017, enquanto dezenove outros estavam negociando reformas adicionais (European Commission 2018, 4). Também é possível identificar reformas em países como o Brasil, que acabou de adotar um novo Código de Processo Civil, ou relatórios como o *Making Justice Work: Courts Reform (Scotland) Bill – A Consultation Paper*, do Governo da Escócia (Scottish Government, The 2013) e o *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada’s Justice Deficit*, do Macdonald-Laurier Institute (PERRIN, Benjamin; AUDAS, Richard. *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada’s Justice Deficit*. Report Card, Ottawa: MacDonal-Laurier Institute, 2016).

<sup>10</sup> Por exemplo, a *Task Force on Administration of Justice* americana afirmou que “[a]s causas para a morosidade são várias: falta de recursos, gestão ineficiente e número crescente de casos a serem julgados”, ou, no original, “[t]he causes of delay are manifold: lack of resources, inefficient management and an increasing number of cases to be decided” NCJRS. *Task Force Report: the Courts*. Task Force on the Administration of Justice, Washington: The U.S. Pres. Comm’n on Law Enforcement and Admin. of Justice, 1967.

<sup>11</sup> DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. “Courts.” *The Quarterly Journal of Economics*, May, p. 453-517, 2003.

<sup>12</sup> MARCHESI, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Studi e Ricerche. Il Mulino, 2003.

<sup>13</sup> BEIM, Deborah; CLARK, Tom, S.; PATTY, John W. “Why Do Courts Delay?” *Journal of Law and Courts*, Fall p. 199-241, 2017.

<sup>14</sup> BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n° 350).

<sup>15</sup> GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. “The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan’s Turn to Litigation.” *Journal of Legal Studies*, p. 31-59, Jan. 2006.

<sup>16</sup> Há mais de cem anos, Hargis afirmou que “[a] principal fonte da morosidade do direito são os defeitos da lei, originários imediatamente da venalidade, negligência e incapacidade dos legisladores [...]”, no original, “[t]he principal source of the law’s delay is the law’s defects, originating immediately in the venality, neglect, or incapacity of legislators [...]” (1885, 309). Para uma discussão da qualidade das leis como uma explicação para a morosidade judicial vide também VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. “An Economic Theory of Court Delay.” *European Journal of Law and Economics*, p. 243-268. 2000.

<sup>17</sup> DI VITA, Giuseppe. “Production of laws and delays in court decisions.” *International Review of Law and Economics*, p. 276-281, 2010

<sup>18</sup> Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

<sup>19</sup> MESSICK, Richard E. “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues.” *The World Bank Research Observer*, p. 117-136, fev. 1999.

e os tribunais são bens complementares, mas o primeiro é um bem de clube, enquanto o segundo é um bem privado, será mais fácil compreender o resultado contraintuitivo de que a implementação irrestrita de políticas de acesso à justiça com o objetivo de aumentar o acesso das pessoas aos tribunais pode, na realidade, impedi-las de ter acesso a seus direitos.

Não é coincidência que, paralelamente ao aumento da demanda por serviços públicos adjudicatórios, muitos países também vêm adotando reformas que diminuem substancialmente os custos de utilização do Judiciário para resolver todos os tipos de litígios, incluindo a simplificação de procedimentos, a criação de tribunais de pequenas causas (juizados especiais), a criação de defensorias públicas, entre outros. No entanto, na prática, o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua limitado e o congestionamento judicial permanece sendo um problema endêmico. Inesperadamente, a investigação realizada neste artigo prevê que essa condição é o resultado natural dessas políticas, devido à natureza econômica do direito e dos tribunais.

Para demonstrar o argumento, após essa breve introdução, a discussão se inicia na Seção 2 com a apresentação da tradicional Teoria Econômica de Bens e Serviços. Em seguida, a dualidade da natureza do direito é explicada na Seção 3 e, então, a complementariedade entre o direito (enquanto coerção) e os tribunais é explorada na Seção 4. Essa relação é complementada na Seção 5 com a demonstração da natureza de bem privado dos tribunais. Uma vez estabelecida a natureza econômica do direito e dos tribunais, explica-se como as políticas de livre acesso à justiça transformam a natureza econômica dos tribunais de um bem privado em um recurso comum e que tal transformação resultará em sua sobreutilização (portanto, em um congestionamento judicial endêmico) — o que chamo de a Tragédia do Judiciário (Seção 5.1). Breves conclusões seguem na Seção 6.

## 2 A natureza econômica dos bens e serviços

Como juristas e economistas frequentemente usam as mesmas palavras com significados diferentes, é útil ter alguma uniformidade conceitual. Por muito tempo, a discussão básica sobre bens públicos *versus* bens privados tem sido um esforço para distinguir entre que tipo de bem deveria ser provido por mercados e que tipo deveria ser provido pelo Estado. Se algo fosse classificado como **bem privado**, deveria ser fornecido pelo mercado, se fosse **bem público**, pelo Estado.<sup>20</sup> Essa distinção era baseada, única e exclusivamente, no atributo de “rivalidade” do bem, tal qual identificado originalmente por Samuelson (1954). Entretanto, nossa compreensão evoluiu para abranger mais do que apenas o atributo de rivalidade e incluir também um segundo atributo chamado “excludabilidade”, como explicado por Ostrom e Ostrom (1999 [1977]).

Nessa abordagem moderna, a **excludabilidade de acesso** refere-se à possibilidade de o possuidor de um determinado bem ou prestador de determinado serviço excluir, a baixos custos, outras pessoas da fruição do bem ou serviço fornecido. Um computador é um bem exclusivo porque o seu possuidor pode impedir a baixos custos que outros o utilizem. Por outro lado, a segurança nacional é um bem não exclusivo, pois, uma vez fornecida a alguém, não é viável impedir a baixos custos que outras pessoas dela também gozem. É amplamente aceito que a possibilidade de exclusão é um requisito para o fornecimento de qualquer bem ou serviço pelo mercado, uma vez que é a excludabilidade que permite ao fornecedor impedir que o cliente em potencial tenha acesso ao bem ou serviço sem uma contraprestação. É a excludabilidade que impõe a uma das partes a necessidade de apresentar a outra parte algo de interesse desta; em outras palavras, é a característica de exclusividade que possibilita o surgimento de um mercado.

Por outro lado, a **rivalidade** ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa impede, substancialmente, que o mesmo bem ou serviço seja consumido por outra pessoa, i.e., o consumo por um

<sup>20</sup> Confira, *por exemplo*, MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance: a study in public economy*. Bombay: Tata-McGraw-Hil Book Company, 1959.

agente diminui significativamente a utilidade do mesmo bem para os demais. Uma maçã e um copo de água são bens rivais, uma vez que seu consumo por um indivíduo impede que outros deles usufruam. Quando um bem não é passível de consumo simultâneo por mais de uma pessoa, ele é considerado rival. Quando pode ser desfrutado por uma pessoa sem reduzir, substancialmente, a sua utilidade para outrem, ele é considerado não rival. A segurança nacional e as previsões meteorológicas são exemplos de bens não rivais, porque o consumo desses serviços por um indivíduo não impede que outros usufruam dos mesmos benefícios, que permanecem disponíveis para uso e gozo por outros em quantidade e qualidade substancialmente inalteradas.

Embora normalmente falemos sobre essas duas características em termos binários para tornar a discussão mais fácil, na verdade, elas variam, significativamente, em grau de um extremo a outro, de acordo com o bem e seu contexto. De qualquer forma, exclusividade e rivalidade são duas características independentes que podem ser combinadas para criar quatro tipos diferentes de bens: (i) os **bens públicos** são, ao mesmo tempo, não rivais e não excludentes;<sup>21</sup> (ii) os **bens privados** se opõem aos bens públicos por serem rivais e excludentes; (iii) os **recursos comuns** (*common pool resources* ou CPR) compartilham a não exclusividade dos bens públicos, mas seu consumo por alguém diminui, substancialmente, a utilidade do bem para outros usuários, tornando-os rivais em uso assim como os bens privados; e (iv) os bens de clube ou de pedágio são exclusivos como os bens privados, mas são não-rivais, como os bens públicos.<sup>22</sup> Para fins de clareza, podemos resumir essa classificação da seguinte forma:

Figura 1: Tipos Econômicos de Bens

		Rivalidade no Consumo	
		Baixa	Alta
EXCLUDABILIDADE DE ACESSO	Difícil	<b>Bens Públicos</b> Saneamento Básico Defesa Nacional	<b>Recursos Comuns</b> Peixes no Oceano Água de uma bacia hidrográfica
	Fácil	<b>Bens de Clube</b> Escolas <i>Video streaming</i>	<b>Bens Privados</b> Sapatos Computadores

Agora, a tradicional discussão sobre quem deve fornecer determinado bem ou serviço, se o Estado ou os mercados, se torna mais sutil. É relativamente claro que os bens privados podem ser eficientemente fornecidos pelos mercados. “Eficiência”, nesse contexto, significa, apenas, que, em um mercado perfeitamente competitivo, esse tipo de bem seria fornecido para todos aqueles que estariam dispostos a pagar pelos custos de provisão do bem. Também é claro que os mecanismos de mercado podem ser usados para fornecer bens de clube, já que o provedor pode facilmente exigir um preço para o acesso ao serviço ou bem.<sup>23</sup> O bem continua podendo ser desfrutado coletivamente (não rivalidade), mas seu acesso pode ser restringido

<sup>21</sup> É importante notar que, apesar de ser comumente aceito que os bens públicos são simultaneamente não rivais e não excludentes, alguns livros técnicos ainda definem um bem público na tradição de Samuelson, considerando apenas o atributo da rivalidade (e.g., Mas-Colell, Whiston e Green 1995, 350). Além disso, é possível encontrar alguma imprecisão conceitual, por exemplo, quando Stiglitz e Rosengard afirmam que “bens públicos são caracterizados por consumo não rival e não excludabilidade”, ou, no original, “*public goods are characterized by non-rival consumption and non-excludability*” (2015, 102), apenas para, logo em seguida, afirmarem que bens públicos podem ser excludentes ou não (2015, 103). Esse tipo de dispersão conceitual reforça a importância dessa seção.

<sup>22</sup> Cfr. Buchanan (1965). Uma outra forma de abordar a questão é dizer que um bem público não possuiria limite superior ao tamanho do clube, enquanto os bens de clube (bens públicos impuros) teriam um tamanho de clube ótimo.

<sup>23</sup> É possível argumentar que a cobrança por um bem não rival pode ser ineficiente, pois tal cobrança resultaria em subconsumo do bem (preço acima do custo marginal). No entanto, a não cobrança pelo bem não rival resultaria em sua não oferta ou em sua oferta não ótima (suboferta). Se sua provisão for custeada por um tributo, então, se estará cobrando pelo bem de qualquer forma, apenas não se estará alocando o ônus do custeio sobre os efetivos usuários do serviço, dado que nem todos os contribuintes usufruirão dos serviços igualmente.

àqueles que, realmente, pagaram o pedágio, a menos que o provedor decida arcar sozinho com os custos e ofereça o bem ou serviço de graça.

Já os bens públicos nos oferecem um tipo diferente de desafio. Como, uma vez fornecido o bem público, o fornecedor será incapaz de excluir potenciais consumidores (baixa excludabilidade), a não ser que haja algum tipo alternativo de mecanismo de cooperação,<sup>24</sup> haverá o risco de usuários oportunistas desfrutarem do bem ou serviço sem arcarem com sua quota-parte nos custos do fornecimento. Esse risco é conhecido como o **problema de caroneiro** (*free-rider*). Uma das soluções possíveis para o problema do carona é a coerção pelo Estado; se o Estado impuser um imposto sobre todos os possíveis usuários do bem, então, ele poderá fornecer o bem, gratuitamente, a todos os usuários em potencial, e aqueles que usufruírem do bem ou serviço terão arcado ao menos com parte dos custos de provisão. No entanto, se permitirmos que o Estado o faça (como todos os países do mundo provavelmente fazem), então, nos tornaremos vulneráveis à possibilidade de que pequenos grupos organizados capturem o Estado para fazê-lo fornecer bens e serviços para eles mesmos, ainda que tal provisão não beneficie a sociedade como um todo. Tal possibilidade é uma maneira de expressar o **problema de ação coletiva**.<sup>25</sup>

É útil fazer uma distinção entre o problema do caroneiro e uma externalidade positiva. Em um problema de carona puro, se um bem público for fornecido, então, aqueles que não suportaram parte dos custos de provisão poderão usufruir dos benefícios do bem, devido a sua não excludabilidade. O cerne da questão neste artigo é a não excludabilidade do bem. Como os usuários em geral não podem ser obrigados a pagar para ter acesso, o bem público pode não ser fornecido pelo mercado, já que eventuais provedores não serão capazes de cobrar dos potenciais usuários e recuperar os custos de provisão do bem (ou seja, *não há mercado*).

Um fenômeno próximo, mas diverso, ocorre quando uma transação de mercado cria um benefício a um terceiro, que não fazia parte da transação original, como um subproduto. Nesse caso, teremos uma **externalidade positiva**. Em um cenário de externalidade positiva, o bem é efetivamente fornecido pelo mercado, uma vez que os caroneiros podem ser excluídos, dado que o bem é excludente (ou seja, há um mercado). No entanto, o efeito de transbordamento (a externalidade positiva) é não excludente, o que significa que o benefício externo será criado independentemente, enquanto o mercado original continuar a funcionar. Considere a polinização de culturas próximas como resultado da alimentação de abelhas criadas por um apicultor vizinho. O mercado de mel e produtos relacionados claramente leva em consideração todos os custos associados à produção de mel em si, caso contrário, os produtores teriam prejuízos e deixariam o mercado. No entanto, o mercado de mel não leva em consideração o benefício externo criado para os produtores vizinhos que não participam do mercado de mel (ou seja, a externalidade positiva)<sup>26</sup>.

A questão aqui não é se o bem ou serviço deixará de ser fornecido pelo mercado, pois o bem ou serviço *será* fornecido. No entanto, como o mercado é incapaz de capturar todos os benefícios criados pela atividade (externalidade), a quantidade ofertada do bem ou serviço não é eficiente do ponto de vista social. Deparamo-nos com um problema de suboferta de um bem. A literatura, às vezes, usa a expressão “problema do caroneiro” para se referir a ambos os fenômenos, mas acho muito útil distinguir o problema do caroneiro (não há mercado) de um problema de externalidade positiva (suboferta). A distinção também é importante

<sup>24</sup> Não é correto pressupor que bens públicos sempre serão vulneráveis aos caroneiros. A literatura demonstra que, dadas certas condições, algumas sociedades pequenas e homogêneas ou grupos coesos conseguem criar meios sociais de superação do problema de ação coletiva e cooperar. Cfr. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1990].

<sup>25</sup> Apesar de a essência do problema da ação coletiva aparecer nos escritos de muito pensadores, foi Mancur Olson quem generalizou o resultado em seu livro *A Lógica da Ação Coletiva* (1971 [1965]), a partir dos resultados apresentados por Samuelson (1954).

<sup>26</sup> Por questão de simplicidade, aqui eu estou ignorando o mercado de polinização que é um negócio crescente por todo o globo. Nesse caso, haverá um mercado de mel, produzido pelas abelhas, e um mercado de serviços de polinização para culturas dependentes de polinização, como as maçãs. Para os fins da presente discussão, o fato relevante é que a produção de abelhas gerará polinização gratuita para as culturas vizinhas independentemente do surgimento de um mercado de polinização e isso é uma externalidade positiva.

porque a dinâmica e as possíveis soluções para cada caso são diferentes, o que é um aspecto que devemos ter em mente de agora em diante.

Se os bens públicos já representam um desafio, a discussão se torna ainda mais interessante quando focamos nos recursos comuns ou bens congestionáveis. Assim como no caso dos bens públicos, a exclusão a baixo custo não é uma opção em um cenário de CPR, e um número substancial de usuários terá acesso irrestrito ao bem, caso seja oferecido. Todavia, ao contrário dos bens públicos, os CPR's são rivais; portanto, o uso por qualquer usuário impedirá que outra pessoa desfrute do mesmo bem ou serviço integralmente. Isso significa que um grande número de usuários tem acesso irrestrito ao recurso e o uso por cada usuário pode impedir que outros desfrutem dos mesmos recursos. Nesse cenário, a concorrência entre usuários pode criar uma espécie de “corrida ao fundo do poço” (*race to the bottom*), onde cada usuário possui incentivo para explorar o recurso o mais rápido possível, tanto quanto possível, devido ao medo justificado de que outros também explorarão, em demasia, o recurso e de que não haverá o suficiente para si no futuro. Em função dessa estrutura de incentivos, mesmo os agentes agindo racionalmente, o recurso será sobreexplorado e, em última instância, destruído ou terá sua utilidade substancialmente reduzida para todos. Esse problema de ação coletiva passou a ser conhecido como a **Tragédia dos Comuns**.<sup>27</sup>

Em geral, a Tragédia dos Comuns surge quando é difícil ou caro excluir usuários potenciais de um recurso (baixa excludabilidade) que produz um fluxo finito de benefícios (rivalidade). Nesse cenário, os agentes racionais podem sobreexplorar o recurso, em vez de conservá-lo.<sup>28</sup> Nesse sentido, a Tragédia dos Comuns pode ser modelada como um **Dilema do Prisioneiro** não cooperativo, no qual cada jogador recebe um retorno maior se desertar ao invés de cooperar, embora a cooperação resulte em um resultado positivo para ambos os jogadores. Como o outro jogador tem uma matriz de recompensa (*pay-off*) simétrica, sua estratégia dominante também envolve a não cooperação. Quando ambos os jogadores jogam suas estratégias dominantes, eles convergem para um terceiro resultado que é pior para ambos em comparação com as estratégias de cooperação. Se você generalizar o jogo para  $n$  pessoas, temos um modelo geral para a tragédia. Nesse jogo não cooperativo com informações perfeitas, a estratégia dominante também envolve desertar, o que levará à superexploração e destruição total do recurso — daí a tragédia.

Agora que os termos e conceitos foram equalizados, podemos explicar como a aplicação da teoria econômica de bens e os tópicos discutidos acima podem iluminar nossa busca pela natureza econômica do direito e dos tribunais e, assim, auxiliar a compreensão de fenômenos jurídicos.

### 3 A natureza econômica do direito

A questão sobre o que é o direito ou, melhor, a definição de direito, é um tema recorrente na filosofia jurídica que estimulou e estimula vários tipos de resposta.<sup>29</sup> Não é o propósito deste artigo abordar a questão

<sup>27</sup> Cfr. HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons.” *Science*, p. 1.243-1.248, Dez. 1968. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

<sup>28</sup> OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games & Common-Pool Resources*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1994.

<sup>29</sup> Consulte, por exemplo: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edição: Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 (1832); HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. “The Path of the Law.” *Harvard Law Review*, p. 457-478, Mar. 1897; KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005 (1967); HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961); DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 5th. Massachusetts: Harvard University Press, 1977; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmfmartins fontes, 2011 [2005]; RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980] e SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. Em qualquer caso, é razoável afirmar que a indagação acerca da natureza do direito tem sido essencialmente uma investigação acerca das três perguntas propostas por HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961). — quais

de uma perspectiva filosófica, mas sim usar a Teoria dos Bens para compreender melhor a natureza econômica do que, normalmente, chamamos de “direito” e dos sistemas de adjudicação, a fim de avançarmos em direção a uma Teoria Econômica Positiva do Direito.

Via de regra, a maior parte da discussão acerca da natureza econômica do direito enquadra-se, primariamente, como um argumento dentro de um debate mais amplo sobre a viabilidade de uma sociedade anarquista (sem Estado)<sup>30</sup> ou a necessidade de criação de um Estado para impor a ordem. Para os que argumentam a favor da provisão pública do direito, ou seja, pela sua criação e execução pelo Estado, o direito é considerada um bem público. Buchanan, por exemplo, usou a teoria do bem público e privado em linha com a abordagem tradicional de Samuelson para afirmar que, como o direito é uma espécie de bem público heterodoxo (gera externalidade), ele não seria fornecido pelo mercado.<sup>31</sup>

Mencionando expressamente o trabalho de Buchanan, Landes e Posner (1976) também defenderam que o direito é um bem público, mas seu argumento para apoiar essa afirmação implicava que precedentes poderiam ser usados por uma pessoa sem diminuir substancialmente sua utilidade, enquanto precedente, para terceiros.<sup>32</sup> Podemos observar aqui que o argumento oferecido é, na realidade, baseado somente no atributo de não rivalidade do precedente. Em um artigo posterior, Landes e Posner (1979, 248) também defenderam que o direito criado por um precedente seria um bem público, embora, dessa vez, o fundamento se baseasse no fato de o precedente criado por uma lide privada poder ser útil no futuro para aqueles que não participaram da disputa original. Pode-se observar que o argumento agora é no sentido de que o direito criado pelo precedente geraria uma externalidade positiva para quem não participou do litígio, além de ser não rival. Curiosamente, Landes e Posner argumentaram que, se o precedente fosse útil apenas para as partes originais do litígio, então, o precedente seria, em realidade, considerado um bem privado<sup>33</sup> (1979, 261). O mesmo tipo de argumento é apresentado por outros autores, como Carvalho, para quem algo é um bem público se gera uma externalidade positiva, ou mais diretamente que o direito é um bem público (2018, 146 et 283). Independentemente do raciocínio, a ideia do direito como um bem público é bastante difundida na literatura.

Em sintonia com essa tradição, embora ligeiramente divergente, eu gostaria de argumentar que o direito pode, de fato, se comportar tanto como um bem público quanto como um bem de clube. Em sua concepção mais simples, o direito nada mais é do que informação sobre como os sistemas adjudicatórios

---

sejam: (i) como o direito difere de, e como ele se relaciona com, ordens baseadas em ameaças? (ii) como as obrigações legais se diferem de, e como se relacionam com, obrigações morais? e (iii) o que são regras e em que medida o direito é um assunto de regras? Não é minha intenção responder a qualquer dessas perguntas aqui.

<sup>30</sup> Veja, por exemplo: FRIEDMANN, David. “Private Creation and Enforcement of Law: a Historical Case.” *The Journal of Legal Studies*, Mar. p. 399-415, 1979; COWEN, Tyler. “Law as a Public Good: The Economics of Anarchy.” *Economics & Philosophy*, Oct. p. 249-267, 1992 e BENSON, Bruce L. *The Enterprise of Law: justice without the state*. Oakland, California: The Independent Institute, 2011 (1990).

<sup>31</sup> “Em um linguajar mais técnico, ‘o direito’ do tipo aqui analisado se qualifica como um bem público ou de consumo-coletivo puro, e um bem para o qual ajustes independentes geram soluções de canto para cada pessoa. Ninguém proverá, por seu próprio comportamento restrito, os benefícios de seguir o direito para outros.” No original, “[i]n somewhat more technical language, ‘law’ of the sort analyzed here qualifies as a pure collective-consumption or public good, and one for which independent adjustment yields corner solutions for each person. No person will provide, by his own restricted behavior, the benefits of law-abiding to others.” Cfr. BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7.

<sup>32</sup> Os autores estavam tentando usar a Teoria do Capital-Investimento para avaliar o comportamento dos precedentes e eles definiram o capital jurídico como o conjunto de regras jurídicas imbuídas nos precedentes disponíveis em um dado momento. Dado que precedentes podem ser usufruídos por mais de uma pessoa sem a diminuição de sua utilidade como precedente para outrem, eles argumentaram que o capital jurídico era um bem público por natureza (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. “Legal Precedent: a Theoretical and Empirical Analysis.” *The Journal of Law & Economics*, Aug. p. 249-307, 1976. p. 264. Em outro trabalho GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013, demonstrei que o mesmo modelo poderia ser utilizado para incluir leis escritas e também seria aplicável a sistemas romano-germânicos.

<sup>33</sup> Note que esse argumento é incorreto, dado que um bem público não se torna privado apenas por não ser útil a outrem, nem um precedente se torna rival apenas porque ele não é invocado por outras partes. Um vídeo de minha última composição musical livremente disponível na Internet é um bem público (não rival e não excludente), ainda que eu seja a única pessoa no planeta a realmente achar que ele seja útil.

provavelmente se comportarão quando diante de uma disputa (coerção - *enforcement*), bem como informação sobre como as pessoas provavelmente se comportarão em geral (conformidade - *compliance*). Como demonstrarei em breve, assim como a luz pode se comportar como uma partícula ou como uma onda (a dualidade onda-partícula),<sup>34</sup> o direito também pode se comportar como um bem de clube quando estamos discutindo coerção, enquanto pode se comportar como um bem público quando estamos lidando com conformidade espontânea. Essa é a **dualidade do direito**.

Na perspectiva mais tradicional, do direito como coerção,<sup>35</sup> reconheço o fato de que, quando alguém se dirige a um advogado e o consulta sobre seu direito, essa pessoa está na realidade perguntando sobre como os tribunais se comportarão caso uma determinada disputa surja, como o Estado espera que ele ou sua empresa se comportem, ou, de outro modo, como o Estado pode empregar seu poderoso aparato para fazê-lo se comportar — portanto, fazendo valer o direito (coerção). Por essa razão, é possível dizer que a primeira natureza do direito é informar em qual direção a coercitividade irá e **a utilidade que o direito fornece é justamente o conhecimento acerca dessa direção** (bem como a forma de canalizá-la ou evitá-la).

Nessa perspectiva, é fácil perceber que, quando os doutrinadores afirmam que o direito é um bem público, eles normalmente assumem que o direito é um bem público da mesma forma que qualquer informação é um bem público.<sup>36</sup> O fato de alguém saber como os tribunais se comportarão e de usar tal conhecimento para conduzir seus interesses no dia a dia não impede que você possua o mesmo conhecimento e conduza seus interesses de acordo. No entanto, esse tipo de análise não revela a verdadeira característica objeto da discussão, que não é a natureza econômica do direito, e sim **a não rivalidade do direito**.<sup>37</sup> Quando dizemos que o consumo do direito por uma pessoa não exclui seu consumo por um terceiro estamos apenas dizendo que esse conhecimento pode ser consumido tanto por um quanto por outro. Nada estamos dizendo sobre sua excludibilidade e eu gostaria de argumentar que o direito, enquanto coerção, é, na realidade, altamente excludente.

Os teóricos do direito estão constantemente envolvidos com a questão da jurisdição, referindo-se ao poder geral do Estado de exercer autoridade sobre todas as pessoas e coisas dentro de seu território ou o poder de um tribunal de decidir um caso ou emitir uma ordem judicial válida.<sup>38</sup> A palavra-chave aqui é **poder**. O simples fato de que a aplicação das normas legais requer jurisdição significa que, às vezes, um Estado ou um tribunal é juridicamente impotente para fazer cumprir suas regras. Nesse caso, embora as partes possam saber qual regra jurídica seria teoricamente aplicada *de jure*, a falta de jurisdição significa que a regra considerada não será aplicada; logo, o direito é inaplicável *de facto*. Considere uma sentença arbitral internacional a ser executada em outro país que, por sua vez, não reconheça parte do direito material usado com fundamento para resolver a disputa. De fato, embora ambas as partes da arbitragem saibam qual é a regra aplicável ao seu caso, sua aplicação é efetivamente negada. Essa situação hipotética é apenas um exemplo de como o direito

<sup>34</sup> “Mas o que é a luz de fato? É uma onda ou um feixe de prótons? [...] Não parece haver esperança de se formar uma descrição consistente do fenômeno da luz pela escolha de uma das duas linguagens possíveis. Parece que devemos usar uma teoria algumas vezes e a outra teoria outras vezes, enquanto de vez em quando podemos usar ambas. Nós nos deparamos com um tipo de dificuldade. Temos dois retratos contraditórios da realidade que, separadamente, não explicam a realidade, mas, em conjunto, explicam!” No original, “[i]t seems as though we must use sometimes the one theory and sometimes the other, while at times we may use either. We are faced with a new kind of difficulty. We have two contradictory pictures of reality; separately neither of them fully explains the phenomena of light, but together they do!” (EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *The Evolution of Physics: the Growth of Ideas from the Early Concepts to Relativity and Quanta*. London: Cambridge University Press, 1938).

<sup>35</sup> Para uma revisão da literatura do direito como coerção, cfr. RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980], e para uma discussão mais moderna, vide SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

<sup>36</sup> Note que uma informação pode ser rival, se é de fato um segredo e o seu compartilhamento destruirá seu valor estratégico para o detentor original, como nos casos de *know-how*. Nesse cenário, o uso de uma informação por um agente reduz a utilidade da informação para o outro agente, logo, é rival.

<sup>37</sup> Obviamente, se se define bem público como qualquer coisa que seja não rival, independentemente da excludibilidade, como se fazia antigamente, então, o direito será um bem público.

<sup>38</sup> Cfr. GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 7th. St. Paul, Minn: West Group, 1999. p. 855.

pode ser excluído do consumo por um indivíduo. No entanto, vou oferecer mais dois exemplos históricos para tornar o ponto ainda mais claro.

Originalmente, quando Roma era apenas uma cidade-estado, os romanos denominavam o direito aplicado a si próprios de *ius civilis* (direito civil), e esse direito se aplicava, exclusivamente, aos cidadãos de Roma. Assim, embora a maioria dos moradores no território romano soubesse sobre o *ius civilis*, aqueles que não eram romanos eram efetivamente excluídos de sua aplicação e proteção. Logo, tais pessoas foram excluídas do consumo do *ius civilis*. Com o crescimento do império romano, os romanos gradualmente introduziram regras jurídicas também aplicáveis àqueles que não eram cidadãos romanos. Tais regras ficaram conhecidas como *ius gentium*: o corpo de instituições e princípios jurídicos comuns a todos os súditos romanos, independentemente de suas origens.<sup>39</sup> Nesse sentido, embora tanto o *ius civilis* quanto o *ius gentium* sejam não rivais por natureza e, portanto, sejam considerados bens públicos pelos autores tradicionais, o primeiro era de fato excluído do consumo por não romanos, enquanto o segundo era consumido livremente.

Outro exemplo claro da excludabilidade do direito é a história do direito comercial no Brasil. Antes da promulgação do Código Civil de 2002,<sup>40</sup> os cidadãos brasileiros eram divididos em dois grupos diversos: os cidadãos comuns, cujos negócios e ações eram considerados de natureza civil e estavam devidamente regulamentados pelo Código Civil de 1916,<sup>41</sup> e os comerciantes, que normalmente exploravam o comércio e a indústria e, como resultado, foram regulados por um conjunto diferente de regras, conforme estabelecido pelo Código Comercial de 1850.<sup>42</sup> Observe que um ato estritamente idêntico, em todos os aspectos relevantes, como a compra e venda de um bem, quando realizado por um comerciante, seria regulado pelo Código Comercial, enquanto, se nenhum dos participantes fosse comerciante, o ato seria regulado pelo Código Civil. Como na dicotomia *ius civilis/ ius gentium*, os autores tradicionais diriam que o direito embutido nos Códigos Civil e Comercial seria um bem público, pois sua aplicação a um sujeito não impediria sua aplicação a outro. Todavia, novamente, isso reflete apenas seu atributo de não rivalidade. De fato, o Código Comercial continha muitas prerrogativas, como a possibilidade de pedido de falência (artigo 797 e seguintes), o poder de emissão de procuração pública sem intervenção de notário (artigo 21) e o poder de executar contratos específicos (e.g., os artigos 140 e segs.), que os cidadãos comuns não podiam desfrutar. Como resultado, os não comerciantes eram impedidos de utilizar o direito embutido no Código Comercial (excludabilidade), embora, em princípio, o consumo por um agente não impedisse o outro de usufruir dele (não rivalidade)<sup>43</sup>.

Nesse sentido, embora todos concordemos que o direito é não rival, assim como a informação em geral, é bastante claro que **o direito enquanto coerção é altamente excludente**; ergo, o direito não é um bem público por natureza, mas sim um bem de clube.<sup>44</sup> Alguém pode perguntar: quais são as implicações de se reconhecer que o direito é um bem de clube, se isso significa dizer que ele é não rival de qualquer forma? A resposta mais simples é que, como a coerção é excludente, a nossa discussão na seção anterior demonstra que o direito poderia ser fornecido por mercados, pois o sistema adjudicatório poderia negar acesso a todos os clientes que se recusassem a pagar pelos custos de provimento do serviço. Como resultado da excludabilidade do direito como coerção, pode haver um mercado para o direito mesmo na ausência de um Esta-

<sup>39</sup> Cfr. MARTINS, Pedro. *Historia Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906. p. 114 et seq.; MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Parte Geral: teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1924. v. 2. p.32 et seq.; RIGGSBY, Andrew M. *Roman Law and the Legal World of the Romans*. New York, NY: Cambridge University Press, 2010. p. 215 et seq.) e MOUSOURAKIS, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Auckland: Springer, 2015. p. 27 et seq.

<sup>40</sup> Cfr. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*.

<sup>41</sup> Cfr. BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*.

<sup>42</sup> Cfr. BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de janeiro de 1850*.

<sup>43</sup> O mesmo tipo de argumento poderia ser feito, por exemplo, para as relações civis puras e as relações civis envolvendo relações de consumo.

<sup>44</sup> O argumento de que o direito poderia ser excluído dos agentes fora de uma coalizão foi previamente feito pelo próprio (BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7. p. 100), apesar de ele classificar o direito de bem público devido à sua não rivalidade. Àquela época, não estava claro que a excludabilidade também era uma dimensão relevante.

do.<sup>45</sup> De um modo mais técnico, o direito como coerção não é vulnerável ao problema do caroneiro, pois é excludente. No entanto, a questão aqui não é que o direito seria vulnerável ao problema do caroneiro e, por isso, não seria provido por mercados, como argumentou Buchanan, mas sim que o direito é fortemente caracterizado por uma externalidade positiva (*suboferta pelo mercado*).

Agora quando digo que o direito é a informação acerca de como os órgãos estatais se comportarão (coerção), podemos separar dois aspectos dessa afirmação, sendo um deles para o consumidor dessa informação (o jurisdicionado) e o outro para o empregador dessa informação (o adjudicador).<sup>46</sup> Por um lado, os jurisdicionados sabem como se comportar e podem prever o comportamento dos demais jurisdicionados simplesmente por possuírem o conhecimento acerca do direito (regras aplicáveis). Esse conhecimento permitirá aos jurisdicionados que façam escolhas e coordenem seus comportamentos. Por outro lado, os adjudicadores saberão como resolver uma disputa simplesmente por saberem qual é o direito (regras aplicáveis) e aplicarem essas regras aos fatos diante deles (silogismo). Em ambos os casos, o direito é a informação sobre qual regra é mais provável de ser aplicada em um determinado caso.<sup>47</sup> Esse sistema cria um ciclo de retorno (*feedback loop*), segundo o qual, quanto mais uma regra jurídica é aplicada ao mesmo conjunto de casos, maior será o valor dessa regra para a sociedade e mais o comportamento espontâneo ou imposto se encaixará na conduta esperada (retorno positivo). Essa é a economia de escala do lado da demanda do Estado de Direito, ou seu efeito de rede (*network effect*).<sup>48</sup> Quanto mais pessoas souberem qual é a regra aplicável a um determinado caso, e quanto mais elas puderem manter uma expectativa racional de que essas serão as regras aplicadas na hipótese de surgimento de uma disputa, mais as pessoas tenderão a seguir tais regras espontaneamente (conformidade) — logo, mais útil e importante o direito será.<sup>49</sup>

O efeito de rede associado ao direito reforça a importância das leis criadas pelo parlamento, que nada mais é do que um sistema legislativo especializado, financiado publicamente, e que pode pôr em xeque a altamente controversa hipótese de eficiência do sistema da *common law*.<sup>50</sup> De qualquer forma, a afirmação de que a produção do direito cria uma externalidade positiva ou de que o direito como coerção é altamente caracterizado por efeitos de rede não altera sua natureza econômica, o que significa dizer que o direito con-

<sup>45</sup> Um dos melhores exemplos do direito sem Estado é a *lex mercatoria*, o corpo de direito comercial construído e empregado pelos mercantes na Europa medieval, que era adjudicado por tribunais mercantis ao longo das principais rotas de comércio. Para uma discussão da produção descentralizada do direito, cfr. COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.

<sup>46</sup> Em trabalho anterior: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014, demonstrei que para compreendermos plenamente o comportamento do sistema jurídico, devemos levar em consideração a estrutura de incentivos tanto das partes quanto dos magistrados.

<sup>47</sup> O sistema jurídico não precisa ser perfeito, ele pode ser probabilístico, mas ele será tão mais eficaz quanto mais previsível for. Nesse sentido, cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

<sup>48</sup> Note que no Estado de Direito o juiz será um consumidor do direito tanto quanto as partes em um litígio, enquanto os tribunais seriam tanto consumidores quanto provedores (precedentes), nos termos do art. 927 e do *caput* e do §2º do art. 926 do Código de Processo Civil. No sistema da *common law*, a função legislativa dos tribunais é autoevidente, enquanto no sistema romano-germânico ela é de alguma forma mitigada, mas ainda assim existente. Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018.

<sup>49</sup> Essa expectativa racional de como o direito será aplicado é um elemento essencial do Estado de Direito e foi chamado por mim de “**ciclo da litigância**”. Para uma discussão acerca de como essa característica de *feedback* positivo tende a criar um comportamento homeostático no sistema judicial, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013. Para uma discussão sobre as consequências de o Judiciário não seguir o Estado de Direito e da interrupção desse *feedback* positivo — o chamado “**anarquismo judiciário**”, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

<sup>50</sup> Cfr. COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, Oct. p. 1-44, 1960. EHRlich, Isaac; POSNER Richard A. “An Economic Analysis of Legal Rulemaking.” *The Journal of Legal Studies*, jan. p. 257-286, 1974. POSNER, Richard A. *The Federal Courts: challenge and reform*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999 e PARISI, Francesco. “The Efficiency of the Common Law Hypothesis.” In: SCHNEIDER F.; ROWLEY C.K. *The Encyclopedia of Public Choice*. Boston, MA: Springer, 2004. p. 519-522. Para uma opinião divergente sobre a eficiência da *common law*, cfr. COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.

tinua a ser não rival e altamente excludente—ergo, um bem de clube.

O foco no direito como conhecimento de como o sistema adjudicatório se comportará quando diante de uma disputa explica seu valor em contextos sociais onde a coerção desempenha um papel importante. Essa explicação, no entanto, não revela o motivo pelo qual observamos tanta aderência às regras jurídicas, mesmo em contextos em que a coerção é improvável. Para entender esse fenômeno social, é preciso reconhecer que o direito também serve como um ponto focal de como as pessoas provavelmente se comportarão e, ao fazê-lo, induz o comportamento coletivo em direção a certas condutas que gerarão equilíbrios autossustentáveis, criando **conformidade sem coerção**.

Nessa segunda perspectiva menos tradicional do direito, refiro-me ao fato de que as pessoas às vezes seguem as normas jurídicas mesmo na ausência de uma ameaça crível de coerção (na improbabilidade de *enforcement*). Cientistas sociais têm se esforçado para explicar porque isso acontece e alguns argumentam que, quando os indivíduos percebem que a ordem jurídica é legítima, eles, naturalmente, seguirão as regras ou seu comportamento será restringido pelas crenças sociais.<sup>51</sup> Já alguns autores mais modernos tentam explicar o mesmo fenômeno empregando a Teoria dos Jogos para demonstrar como o comportamento social pode emergir naturalmente da interação humana e a própria existência do direito pode fornecer **pontos focais**<sup>52</sup> que atrairão o comportamento coletivo e gerarão equilíbrios comportamentais.<sup>53</sup> De acordo com essa abordagem mais recente, é razoável dizer que a segunda natureza do direito (dualidade do direito) é a informação de como as pessoas normalmente se comportam e, dado que a maioria das pessoas provavelmente se comportará dessa maneira, não há, em última análise, nenhum ganho em se comportar de forma diversa. Assim, a conformidade torna-se um equilíbrio autossustentável, sem a necessidade de coerção (*compliance* sem *enforcement*). Nesse caso, a utilidade do direito seria fornecer o conhecimento dessa direção social (e como se comportar de acordo).<sup>54</sup>

É importante ressaltar que o equilíbrio de Nash é definido como um estado estável de um sistema envolvendo a interação de diferentes agentes nos quais nenhum participante pode aumentar o seu retorno (*pay-off*) por meio de uma mudança unilateral de comportamento, se as estratégias dos demais permanecerem inalteradas. Em outras palavras, um estado social é considerado um equilíbrio de Nash quando nenhum indivíduo aumentaria seu retorno ao mudar, isoladamente, o próprio comportamento, a não ser que outra pessoa também mude seu comportamento, e, o estado social (equilíbrio) se torna estável justamente porque

<sup>51</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999 [1920]. v. 2, tentou explicar como a legitimidade pode levar à conformidade na medida em que os agentes percebam a regra (costumeira ou jurídica) como a coisa correta a se fazer, enquanto DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 10. ed. Tradução: Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895], tentou explicar como a coletividade poderia criar crenças e como tais crenças estruturariam e limitariam comportamentos.

<sup>52</sup> Na linguagem da Teoria dos Jogos, um ponto focal ou ponto de Schelling é um equilíbrio saliente em um jogo de múltiplos equilíbrios que atrai jogadores justamente por ser saliente, significando que esse ponto focal se torna um equilíbrio mais comum do que os demais equilíbrios como uma solução prática para o jogo, ainda que não seja uma estratégia dominante. Nesse sentido, cfr. SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict: with a new Preface by the Author*. Cambridge: Harvard University Press, 1981 [1960].

<sup>53</sup> Empregando Teoria dos Jogos, GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, demonstrou que ao invés de assumir que indivíduos seguem certos comportamentos, comportamentos sociais podem ser gerados endogenamente desde que limitados a comportamentos que sejam equilíbrios autossustentáveis. Em sentido similar, MCADAMS, Richard H. *The Expressive Powers of Law: theories and limits*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, explica como o direito pode produzir comportamento coordenado mesmo na ausência de uma ameaça crível de coerção simplesmente por apresentar um ponto focal saliente que atrairá comportamento.

<sup>54</sup> É muito interessante imaginar como ambas funções do direito corrigem comportamentos divergentes. Obviamente, a coerção incluiria punição com prisão, penas, castigos físicos ou custos adicionais para mudar o *trade-off* do comportamento divergente, enquanto a divergência (não conformidade) levaria à desconexão e a custos morais e sociais, tais como estigmas e acidentes. De qualquer forma, ao fim e ao cabo, espera-se que ambas complementarmente induzam comportamentos convergentes, de outra forma o sistema entraria em colapso. Para uma discussão sobre como cooperação pode ser alcançada mesmo na ineficácia de instrumentos jurídicos, cfr. DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: alternative modes of Governance*. 1ª. Princeton: Princeton University Press, 2007 e, para uma discussão sobre a importância da coerção nessa segunda concepção de direito, cfr. SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

não há ganho individual na mudança unilateral de comportamento.

Pode-se observar como o efeito de rede do direito é ainda mais relevante quando se lida com o direito enquanto conformidade, pois, quanto maior o número de pessoas se comportando de determinada maneira, maior a probabilidade de que os outros ajustem sua conduta de acordo. Assim, o papel do comportamento saliente como um ponto focal é mais forte e aquele equilíbrio particular é mais provável de ser alcançado.

No entanto, se o direito enquanto coerção é claramente um bem de clube (não rival e excludente), o mesmo não pode ser dito sobre o direito enquanto conformidade. O direito como conformidade também é não rival porque o conhecimento por um indivíduo de como a maioria das pessoas se comporta dentro de uma determinada sociedade não impede que outro indivíduo detenha o mesmo conhecimento e também aproveite os benefícios resultantes desse conhecimento. No entanto, como o direito enquanto conformidade não requer coerção, é pura informação e, uma vez disponível, não pode ser retirado do domínio público, temos que sua natureza é não excludente. Como resultado, concluo que **o direito como conformidade é um bem público por natureza**, pois é não rival e não excludente.

É curioso notar que o direito seria um bem público única e exclusivamente quando não há necessidade de coerção (direito como conformidade), mas a literatura em geral considera o direito como bem público justamente no contexto adjudicatório, logo, quando o direito é, na realidade, um bem de clube. Acredito que essa sutileza é uma das razões pelas quais os fenômenos discutidos no presente artigo e a sua interrelação permaneceram ocultos dos doutrinadores em geral por tanto tempo.

De qualquer forma, considerando que neste artigo estou realmente interessado na relação entre o direito e os tribunais e o direito como conformidade não exige coerção, ou seja, o direito como conformidade não exige um sistema adjudicatório para funcionar, embora isso seja discutível, doravante, me concentrarei no direito como coerção. Ao analisar a natureza econômica dos sistemas adjudicatórios e sua relação com o direito como coerção, é meu objetivo explicar aspectos interessantes dos sistemas jurídicos em geral.

## 4 A complementariedade do direito e dos tribunais

Na seção anterior, foi demonstrado que o direito enquanto coerção é não rival, embora excludente do consumo a baixo custo (excludabilidade) e, portanto, o direito é um bem de clube. Agora, eu gostaria de explicar como esse *insight* revela algo muito importante sobre a relação entre o direito e os sistemas adjudicatórios—isto é, que **o direito e os tribunais são bens complementares**. Um bem é considerado complementar quando o seu consumo requer o consumo de um outro bem. Daí decorre que, quando o consumo de um bem complementar aumenta, o consumo de seu complemento também aumenta. Assim, se o direito e os sistemas adjudicatório são bens complementares, então, quanto mais se consome direito, mais se usa o sistema adjudicatório e, quanto mais se usa o sistema, mais se consome direito. Exploremos essa ideia.

Quando me refiro ao direito enquanto coerção, deve ficar claro que estou me referindo ao direito como o conjunto de regras<sup>55</sup> aplicadas (ainda que potencialmente) por um sistema adjudicatório para resolver disputas dentro de uma determinada jurisdição<sup>56</sup> e, conseqüentemente, moldar o comportamento coletivo. Nesse sentido, a utilidade informacional do direito reside, precisamente, na indicação de como o sistema adjudicatório se comportará se uma dada disputa lhe for levada.<sup>57</sup> Essa função informacional pode, de fato,

<sup>55</sup> Aqui a discussão sobre se princípio integram o ordenamento jurídico ou não é irrelevante, pois eles serão convertidos em regras se aplicados, como demonstrado em Gico Jr. (2018); ou eles serão incapazes de orientar comportamento, resultando em anarquia judicial, como discutido em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

<sup>56</sup> Jurisdição aqui é usada como a habilidade ou o poder de fazer valer uma decisão, como mencionado anteriormente.

<sup>57</sup> Esse argumento já foi oferecido por Holmes Jr., nos E.U.A., quando afirmou que: “[o] objeto de nossos estudos, então, é a previsão, a previsão de incidência da força pública por meio instrumental das cortes”. No original “[*The object of our study, then, is*

ser aproveitada apenas se houver um mecanismo efetivo de coerção e se esse mecanismo for capaz de impor sua decisão. Em outras palavras, o direito somente é útil nesse sentido se houver um sistema adjudicatório eficaz para apoiá-lo, assim como um medicamento intravenoso somente é útil quando acompanhado por uma seringa ou outro mecanismo de injeção. Do ponto de vista econômico, essas afirmações equivalem a dizer que o direito e os sistemas adjudicatórios são complementos. De fato, eu gostaria de argumentar neste artigo que o direito enquanto coerção e os sistemas adjudicatórios são complementos perfeitos, o que significa dizer que eles devem ser consumidos em conjunto para serem considerados úteis.

Por um lado, um sistema adjudicatório que não segue qualquer regra (tribunal sem direito) não seria diferente de um sistema estocástico ergódico<sup>58</sup>. Independentemente do caso apresentado, haveria uma probabilidade aleatória de sucesso do reclamante e, em qualquer disputa, a chance de prevalecer seria independente do estado inicial do sistema. Nesse cenário, não haveria necessidade de um juiz ou qualquer mecanismo de decisão alternativo que não fosse um computador com uma semente aleatória<sup>59</sup> para resolver a disputa. O serviço de resolução de disputas seria fornecido quase instantaneamente, mas o resultado seria um completo desperdício social, pois os agentes seriam incapazes de coordenar o comportamento *ex ante* (não há como saber qual regra será aplicada) e o resultado seria inútil para coordenar o comportamento *ex post* (como este caso foi decidido é irrelevante para casos futuros). Em outras palavras, o objetivo de se ter um sistema jurídico é coordenar o comportamento estabelecendo uma expectativa racional do comportamento dos outros, incluindo do Estado.<sup>60</sup> Se o mecanismo de resolução de controvérsia é aleatório, essa função básica do direito é negada, e se pode afirmar tanto que não há direito algum, quanto que os tribunais são inúteis. É por isso que afirmo, no início deste trabalho, que o Judiciário é uma tecnologia institucional desenvolvida por milhares de anos de experimentação humana com um único objetivo: resolver disputas **impondo as regras**. Se as regras não forem aplicadas, esse propósito do direito e dos tribunais é negado.

Por outro lado, um sistema jurídico sem um mecanismo de coerção (direito sem tribunal) seria ineficaz para coordenar o comportamento quando as pessoas discordassem sobre o direito ou a conformidade não fosse um equilíbrio autossustentável. Em primeiro lugar, se dois agentes *ex ante* concordam que seu curso de ação é a melhor opção para seus próprios interesses, não haverá necessidade de direito para estabelecer a conduta a ser seguida por eles. Não há disputa. O comportamento acordado é uma estratégia dominante e, portanto, resultará em cooperação. Isso também é verdade se os agentes já estiverem em um equilíbrio de Nash, embora, *ex post*, eles possam discordar sobre essa situação ser a melhor opção para um deles. Como

---

*prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts?* (1897, 61). Na França, uma observação semelhante foi feita por Planiol ao afirmar que: “[q]uando o Código era novo, as faculdades de direito tinham suas opiniões e várias vezes cada professor tinha a sua; de seu lado, a jurisprudência buscava de forma meio aleatória a solução para questões que recebia para resolver. Então, era formada em nossas Faculdades uma *doctrine*, muitas vezes original, mas raramente seguida na prática. Hoje a jurisprudência está fixada em vários pontos. Que vantagem há em ainda se ensinar, como se fossem fórmulas do verdadeiro direito francês, teorias que não estão nem escritas na lei, nem foram admitidas na jurisprudência? [...] Tomemos a jurisprudência pelo que ela é, um direito costumeiro de criação recente e ensinemos suas soluções, sujeitando-nos a dizer o que pensamos sobre ela.” No original, “[q]uand le Code était nouveau, l’École avait ses opinions, qu’elle enseignait, et souvent chaque professeur avait les siennes: de son côté la jurisprudence cherchait un peu à l’aventure la solution des questions qu’on lui donnait à résoudre. Ainsi s’est formée dans nos Facultés une doctrine, souvent originale, mais rarement suivie dans la pratique. Aujourd’hui que la jurisprudence est fixée sur beaucoup de points, à quoi bon enseigner encore, comme étant la formule du droit français actuel, des théories qui ne sont ni écrites dans les lois, ni admises en jurisprudence? [...] Prenons donc la jurisprudence pour ce qu’elle est, pour un droit coutumier de formation récente, et enseignons ses solutions, sauf à dire ce que nous en pensons.[...]” PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: F. Pichon, Ducesseur, Éditeur, 1904. Tome Premier. v. 3. p. 10.

<sup>58</sup> Por exemplo, mesmo no sistema jurídico Busoga, em Uganda, que supostamente não possui uma teoria de precedentes, quando se discutem casos e se litiga, os membros da comunidade esperam que casos semelhantes serão tratados de forma semelhante e, por tanto, que mesmo o direito costumeiro Busoga guarde algum grau de coerência interna. Cf. FALLERS, Lloyd A. *Law Without Precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*. Chicago: The University of Chicago Press, 1969. p.19.

<sup>59</sup> Alguém poderia se desesperar ao descobrir que números aleatórios criados por computadores não são, na verdade, aleatórios, dado que usam algum tipo de algoritmo para criar tais números. Verdadeira aleatoriedade é alcançada, apenas, se mensurado algum fenômeno externo ao próprio sistema.

<sup>60</sup> Para uma maior discussão do papel do Judiciário na viabilização de cooperação *ex ante*, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

nenhum agente pode melhorar seu retorno mudando unilateralmente seu próprio comportamento, o equilíbrio é autossustentável e nenhuma coerção adicional é necessária.

O direito é útil quando há mais de uma conduta interessante possível antes ou depois da interação para ao menos uma das partes. Se o direito impede que uma das partes se engaje *ex post* em comportamento divergente, a outra parte pode *ex ante* confiar que o acordo seguirá o seu curso e a cooperação será viabilizada. No entanto, a fim de fazê-lo, o direito deve ser capaz de impedir de forma coercitiva tal comportamento divergente; portanto, a coerção — ainda que potencial — é necessária. Pode-se argumentar que, quanto mais frequentemente essas regras de conduta forem internalizadas, menos coerção será exigida, mas, a menos que se possa construir uma sociedade de seres humanos perfeitos, algum nível de coerção, ainda que leve, será necessário.

Em segundo lugar, do ponto de vista social, o direito também é relevante quando, embora as partes envolvidas concordem entre si com o comportamento em questão, sua cooperação produz efeitos negativos sobre terceiros (externalidades). Nesse cenário, supondo que os custos de transação sejam elevados,<sup>61</sup> é do interesse público que o direito seja capaz de impedir, limitar ou exigir uma compensação adequada para tal comportamento. Uma vez que os agentes envolvidos podem não estar dispostos a adotar comportamento convergente com esse desejo social, novamente, a coerção será necessária.

Em terceiro, as pessoas às vezes podem discordar entre si sobre o que realmente foi acordado, qual a regra jurídica aplicável ou se existe uma regra jurídica para o caso. Nessas hipóteses, é necessário um mecanismo de resolução de disputa — que normalmente é a outra função do sistema adjudicatório — para resolver ambiguidades e preencher lacunas. Ainda assim, embora normalmente consideremos essas funções de redução de ambiguidade e preenchimento de lacunas como atribuídas aos tribunais na maioria dos sistemas jurídicos, se não em todos, esses papéis não são realmente uma função necessária dos sistemas adjudicatórios.

Por exemplo, em 1603, as Ordenações Filipinas de Portugal permitiam aos tribunais portugueses resolver ambiguidades do direito e preencher lacunas usando muitas técnicas, incluindo a aplicação subsidiária do *Corpus Iuris Civilis* ou do direito canônico.<sup>62</sup> No entanto, devido à excessiva “liberdade” na interpretação, a Lei da Boa Razão de 1769 retirou a maioria dessas funções dos tribunais e as alocou de volta à Coroa Portuguesa.<sup>63</sup> Outro exemplo semelhante é a Constituição Imperial Brasileira de 1824, que separou o papel da apuração de fatos para o júri popular, o papel da adjudicação de leis para os tribunais e restringiu os papéis de elaboração de regras e interpretação legal para a Assembleia Geral.<sup>64</sup> Em qualquer caso, mesmo se o papel de preenchimento de lacunas for atribuído aos tribunais, algum grau de coerção (exercício da força) será exigido para tornar efetivas tais regras criadas pelos magistrados, e, mesmo se a tarefa de resolução de ambiguidades for atribuída aos tribunais, a coerção continuará sendo necessária para fazer valer interpretação escolhida. Nesse sentido, a **hermenêutica das escolhas**<sup>65</sup> também exige coerção. Portanto, em qualquer caso, o direito e os tribunais são complementares.

Em suma, qualquer que seja a estratégia que os tribunais adotem para resolver uma disputa (mera adjudicação, redução de ambiguidade ou preenchimento de lacunas), fato é que o resultado, provavelmente, se

<sup>61</sup> COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, p. 1-44, Oct. 1960.

<sup>62</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 60.

<sup>63</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 61.

<sup>64</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 62.

<sup>65</sup> Eu chamo de “hermenêutica das escolhas” o papel essencial que os juízes desempenham em países de sistema romano-germânico quando reduzem ambiguidades em leis e contratos na resolução de disputas e, ao fazê-lo, estabelecem regras jurídicas que prevalecerão, excluindo-se todas as outras possibilidades de interpretação, apesar de compatíveis com o texto legal — logo, regras potenciais —, ou quando preenchem as lacunas. Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018.

tornará direito e a imposição coercitiva será necessária, se o cumprimento espontâneo não advier. Em qualquer caso, o direito será útil para os agentes sociais somente se um mecanismo adjudicatório viável (coerção) estiver disponível, logo, o direito e os tribunais são bens complementares.

## 5 A natureza econômica dos tribunais

Uma vez estabelecido que o direito é um bem de clube e sua excludabilidade está profundamente relacionada à sua complementaridade com os tribunais, a investigação sobre a natureza econômica do sistema adjudicatório deve nos ajudar a entender alguns aspectos da dinâmica do sistema jurídico, o que levará à conclusão surpreendente de que, em vez de viabilizar o acesso aos direitos, políticas irrestritas de acesso à justiça podem resultar em sua negação.

Semelhante ao direito enquanto coerção, **qualquer sistema adjudicatório é excludente por natureza.** Considere um tribunal de arbitragem e a exigência de que, antes do início do processo arbitral, o reclamante ou ambas as partes paguem as custas processuais e/ou os honorários do árbitro. Sem pagamento, a arbitragem não se inicia. Logo, até que os usuários paguem pelo serviço, o prestador de serviços adjudicatórios não fornecerá o serviço desejado. O mesmo pode ser dito sobre os tribunais públicos. Em muitas jurisdições, deve haver o pagamento de custas iniciais para cada ação protocolada, caso contrário, o processo não se iniciará. As custas iniciais podem cobrir, integralmente ou não, os custos da prestação do serviço, mas, em ambos os casos, sem pagamento dos valores exigidos, o serviço adjudicatório não será fornecido. A ideia aqui não é discutir se custas processuais realmente existem ou não ou se o serviço é subsidiado ou não, mas deixar claro que tal taxa poderia ser facilmente implementada para regular o acesso ao serviço, ergo, serviços adjudicatórios são excludentes a custos muito baixos.

Para tornar o ponto ainda mais claro, a exclusão do serviço adjudicatório não precisa ocorrer na forma de uma taxa de protocolo, nem expressamente por um preço expresso em moeda. O acesso aos serviços pode ser racionado usando outros mecanismos, como cotas ou análises de custo-benefício. Por exemplo, desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Supremo Tribunal Federal – STF somente conhecerá casos constitucionais por meio de recurso extraordinário se o Tribunal considerar que a questão em discussão tem repercussão geral.<sup>66</sup> Mesmo que um caso realmente envolva uma violação constitucional, se a questão é restrita às partes, o STF pode se recusar a conhecê-lo. Pode-se observar que **o requisito jurídico de repercussão geral é, na verdade, uma investigação acerca da presença ou não de externalidade positiva associada ao assunto constitucional em debate.** Se o julgamento da questão gerar uma externalidade positiva, ou seja, for útil para outras pessoas, reais ou potenciais, além das partes, então, os recursos escassos do STF poderão ser alocados para resolvê-la. Se não, o caso não será conhecido e, para todos os efeitos, será negado aos litigantes o acesso aos serviços adjudicatórios do Supremo Tribunal. Nessa hipótese o serviço adjudicatório é racionado sem o uso de um mecanismo de preço, e sim pelo emprego de uma análise implícita de custo-benefício chamada “repercussão geral”.

O mesmo tipo de poder discricionário de negação de acesso a serviço adjudicatório foi concedido à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo *Judiciary Act*, de 1925 e pelo *Supreme Court Case Selections Act*, de 1988. De acordo com tais leis, a maioria dos potenciais consumidores do direito é impedida de ter acesso aos serviços adjudicatórios da Corte Suprema americana e, portanto, não tem direito a tais serviços. Assim como no caso de repercussão geral no Brasil, uma parte que deseja que a Suprema Corte Americana reveja uma decisão de um tribunal federal ou estadual deve apresentar um pedido de *writ of certiorari*, e a Corte terá o

<sup>66</sup> Nos termos do art. 1.035 *caput* e §1º do CPC: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. §1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico **que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**” Cfr. BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.*

poder discricionário de decidir se concede ou não o *certiorari*. Na vasta maioria dos casos o *certiorari* é negado. Mais uma vez, o acesso ao serviço adjudicatório é racionado, a baixos custos, sem o uso de um mecanismo de preços. De qualquer forma, tais exemplos demonstram que os tribunais são excludentes.

Dado que os serviços adjudicatórios são excludentes, a próxima pergunta é se seriam ou não rivais. Ao discutir o direito, observamos que, como o direito é informação, ele não é rival. O conhecimento do direito por uma pessoa não impede que outra goze dos mesmos benefícios e conduza seus negócios de acordo. O mesmo pode ser dito sobre os magistrados. O fato de um magistrado aplicar uma lei ou um precedente a um caso não impede outro magistrado de aplicar a mesma regra jurídica a outro caso. De fato, em ambos os casos, a aplicação do direito por um agente apenas reforça a utilidade do direito para os outros (efeito de rede). O caso dos sistemas adjudicatórios é diverso, pois eles são rivais por natureza, embora a discussão seja um pouco mais sutil.

Se entendermos que o Judiciário possui alta rivalidade, então, devemos concluir que é um bem privado (rivalidade + excludibilidade). Se entendermos que não é rival, então, semelhante ao direito como coerção, será um bem de clube (não rivalidade + excludibilidade). A rigor, o Judiciário pode ser ambos, dependendo do contexto. Considere um único magistrado chamado para resolver uma única disputa. Dependendo da complexidade do caso, o magistrado poderia analisar, simultaneamente, outro processo sem diminuir, substancialmente, o tempo de análise do primeiro. Lembre-se que um processo é uma série de procedimentos, nem todos simultâneos ou exclusivamente executados pelo magistrado; portanto, há várias oportunidades para o magistrado realizar outros atos paralelos enquanto ele ou ela espera que as outras partes executem seus respectivos atos. Nesse cenário, pelo menos inicialmente, os serviços adjudicatórios não seriam rivais e, portanto, o Judiciário seria um bem de clube, assim como o direito. Em contraste, se a análise simultânea de dois ou mais processos resultar em complexidade excessiva ou se o número de processos for maior do que a capacidade instalada, então, **os serviços adjudicatórios se tornam rivais em uso** e o Judiciário começa a se comportar de maneira semelhante a um bem privado. Nesse sentido, é razoável dizer que, a princípio, o Judiciário é um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida e, à medida que a demanda aumenta, ele passa a atuar mais como um bem privado, tornando-se rival e propenso a congestionamento, salvo se seu uso for racionado de alguma forma. Em outras palavras, o Judiciário é um bem altamente congestionável.

Figura 2: O Judiciário como Bem Privado

		RIVALIDADE NO CONSUMO	
		Baixa	Alta
EXCLUDIBILIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos	Recursos Comuns
	Fácil	Bens de Clube	Bens Privados

Nesse ponto, deve ficar claro que, mesmo em um estágio anterior, quando a oferta é maior do que a demanda percebida, o Judiciário é um bem de clube, nunca um bem público. No entanto, quando um descompasso entre oferta e demanda passa a gerar rivalidade, o Judiciário, gradualmente, começará a se comportar como um bem privado, pois cada novo caso protocolado se somará ao estoque de casos em andamento e retardará o provimento do serviço público adjudicatório na média. Doravante, cada caso adicional protocolado diminuirá a utilidade do sistema judiciário para todos os demais usuários efetivos ou potenciais.

Nesse sentido, embora o consumo não seja totalmente rival, inicialmente,<sup>67</sup> cada caso adicional impõe uma externalidade negativa aos demais usuários do sistema. Se nenhum outro mecanismo de racionamento for instalado, essa externalidade negativa se materializará na forma de filas, o que, combinado com o menor tempo disponível para os magistrados considerarem cada caso, resultará em crescente degradação da quantidade e qualidade dos serviços prestados. Para os propósitos do presente artigo, esse efeito de redução de utilidade significa que o Judiciário começará a se comportar como um serviço rival.<sup>68</sup> O fato de o Judiciário estar congestionado em tantos lugares no mundo apenas corrobora a ideia de que os tribunais são, em realidade, um recurso rival.

## 5.1 A tragédia do judiciário

Uma vez demonstrado que os tribunais se comportam como bens privados enquanto o direito é um bem de clube, é relativamente fácil entender que o acesso irrestrito aos serviços adjudicatórios levará à formação natural de filas para racionar o suprimento do serviço. Qualquer uso adicional do serviço adjudicatório por um agente impedirá ou diminuirá substancialmente a utilidade do serviço para os demais usuários, assim como a inclusão de um carro adicional diminui a utilidade de estradas congestionadas para outros motoristas.

Como os tribunais são bens privados, a solução mais simples para o problema de congestionamento seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Isso já é feito, por exemplo, por meio de instrumentos processuais como a repercussão geral ou o *writ of certiorari*. Alternativamente, poder-se-ia deixar o livre mercado funcionar e o mecanismo de preços regularia a demanda, da mesma forma como pode ser feito com tribunais arbitrais. A concorrência entre usuários aumentaria os preços dos serviços adjudicatórios, e o aumento de preços resultante racionaria naturalmente os recursos escassos, excluindo os usuários que atribuísem menor valor ao serviço. Assim, seria alcançado um equilíbrio entre oferta e demanda e não haveria congestionamento. Como resultado, haveria um menor número de ações ajuizadas e aqueles litigantes que atribuísem menor valor a suas ações, de acordo com sua disposição para pagar, não teriam suas ações julgadas ou seriam atendidos a um tempo maior de espera.<sup>69</sup>

Naturalmente, uma vez que o mercado apenas capta as preferências daqueles que são capazes de e dispostos a expressar suas preferências por meio de pagamento (preferências reveladas), o mecanismo de preço resolveria o problema de congestionamento às expensas do elo mais vulnerável da sociedade, i.e. os pobres, que seriam excluídos do uso e do gozo do serviço, ainda que o valorizassem subjetivamente mais do que seu custo. Além disso, como o direito e os tribunais são bens complementares, a exclusão de alguns usuários do acesso aos serviços adjudicatórios implica, necessariamente, que eles também serão excluídos do gozo dos benefícios do direito em si. Em outras palavras, ao excluir alguns cidadãos do acesso aos tribunais, estaríamos, também, a excluí-los do acesso aos seus direitos, o que é inaceitável. Nesse sentido, do ponto de vista econômico, os serviços públicos adjudicatórios podem ser considerados **bens meritórios**, isto é, que são tão importantes para o desenvolvimento humano que todo indivíduo deve ter acesso a eles com base em algum conceito de necessidade, ao invés de habilidade ou disposição a pagar.

<sup>67</sup> Note que, diferentemente do caso de bens privados tradicionais, nesse caso, não temos necessariamente uma relação de proporcionalidade direta entre a quantidade consumida por uma pessoa e o montante disponível para consumo pelos demais.

<sup>68</sup> Para uma discussão usando a Teoria Econômica dos Clubes para identificar o tamanho ótimo dos clubes e que poderia ser usada para investigar o tamanho ótimo do Judiciário e das custas processuais, mas que está além do escopo do presente trabalho, vide MUELLER, Dennis C. *Public Choice III*. New York, NY: Cambridge University Press, 2003 [2005]. p. 183 et seq) e CORNES, Richard; SANDLER, Todd. *The theory of externalities, public goods, and club goods*. New York, NY: Cambridge University Press, 1999 [1996]. p.347 et seq).

<sup>69</sup> A título de exemplo, a Câmara de Comércio Internacional – ICC possui um Calculador de Custos e Arbitragem em seu sítio, onde é possível estimar quanto custará uma arbitragem por meio de um sistema adjudicatório privado, e o usuário pode optar por pagar mais se desejar mais árbitros (menor probabilidade de erro) ou se quiser uma decisão mais célere (procedimento expresso). Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/icc-arbitration-cost-calculator/>.

A ideia de que o Judiciário é um bem meritório é praticamente uma unanimidade, já que a maioria dos países decidiu que o acesso aos serviços públicos adjudicatórios é um direito fundamental e, portanto, deve ser garantido o livre acesso a todos em igualdade de condições. Segundo as Nações Unidas:<sup>70</sup>

O acesso à justiça é um princípio básico do Estado de Direito. Na ausência de acesso à justiça, as pessoas são incapazes de ter sua voz ouvida, exercer seus direitos, desafiar a discriminação ou responsabilizar os tomadores de decisão. A Declaração da Reunião de Alto-Nível sobre o Estado de Direito enfatiza o direito de acesso à justiça igual para todos, incluindo membros de grupos vulneráveis, e reafirma o compromisso dos Estados-Membros de adotar todas as medidas necessárias para proporcionar serviços justos, transparentes, eficazes, não-discriminatórios e responsáveis que promovam o acesso à justiça para todos [para. 14<sup>71</sup> e 15]. As atividades das Nações Unidas em apoio aos esforços dos Estados-Membros para garantir o acesso à justiça são uma componente essencial do trabalho na seara do Estado de Direito.

Na realidade, a ideia de livre acesso à justiça já existe há algum tempo. O século XX testemunhou uma preocupação crescente com a questão do acesso à justiça. A primeira onda preocupou-se com a assistência legal para os pobres e começou no Ocidente na década de 1920 na Alemanha e no Reino Unido.<sup>72</sup> A segunda onda preocupava-se com a representação de interesses difusos e esforços para resolver o problema de se representar grupos e coletividades que não apenas os pobres, que começaram no final dos anos 1960 nos EUA.<sup>73</sup> A terceira onda foi além da advocacia, focando não apenas na assistência jurídica e na defesa de interesses difusos, mas também em todos os tipos de barreiras institucionais para um acesso mais efetivo à justiça.<sup>74</sup> Essas ondas de reforma, voltadas para aumentar o acesso à justiça, continuam aparecendo de tempos em tempos.<sup>75</sup>

Na década de 1970, Mauro Cappelletti dirigiu um projeto de pesquisa financiado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália (CNR), chamado de “Projeto de Acesso à Justiça de Florença”.<sup>76</sup> Segundo Cappelletti:

[O] direito de acesso efetivo é cada vez mais reconhecido como sendo de suma importância entre os novos direitos individuais e sociais, **uma vez que a titularidade de direitos não tem sentido sem mecanismos para sua efetiva reivindicação.** O acesso efetivo à justiça pode, assim, ser visto como o requisito mais básico — o mais básico “direito humano” — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.<sup>77</sup>

<sup>70</sup> No original: “[a]ccess to justice is a basic principle of the rule of law. In the absence of access to justice, people are unable to have their voice heard, exercise their rights, challenge discrimination or hold decision-makers accountable. The Declaration of the High-level Meeting on the Rule of Law emphasizes the right of equal access to justice for all, including members of vulnerable groups, and reaffirmed the commitment of Member States to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all [para. 14 and 15]. United Nations activities in support of Member States’ efforts to ensure access to justice are a core component of the work in the area of rule of law.” Cfr. UNITED NATIONS. *United Nations and the Rule of Law*. s.d. <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>. Acesso em: 22nd June 2018.

<sup>71</sup> “14. We emphasize the right of equal access to justice for all, including members of vulnerable groups, and the importance of awareness-raising concerning legal rights, and in this regard, we commit to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all, including legal aid.”

<sup>72</sup> Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 197 and ss.).

<sup>73</sup> Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 209 and ss.). Para uma discussão anterior sobre a não racionalização do acesso à justiça, vide HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. “Rationing Justice.” *The Journal of Law & Economics*, p. 1-1, Oct. 1965.

<sup>74</sup> Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p. 181-292, 1978. p. 222 and ss.).

<sup>75</sup> Para um relatório relativamente mais recente e amplo sobre acesso à justiça, vide PARKER, Christine. *Just Lawyers: regulation and access to justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>76</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978.

<sup>77</sup> No original: “[t]he right of effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication. Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement— the most basic ‘human right’— of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of

Como se pode ver, em outras palavras, Cappelletti reconheceu que o direito e os serviços públicos adjudicatórios são bens complementares perfeitos, tal qual proponho nesse artigo usando a teoria econômica.

Nenhuma pessoa razoável negaria que o acesso à justiça é um requisito fundamental tanto para o desenvolvimento humano quanto para a implementação do Estado de Direito. No entanto, o que esse tipo de abordagem não compreende é que, se a política pública subsidiar o acesso aos serviços adjudicatórios e/ou criar um direito de livre acesso irrestrito ao Judiciário, que é um bem privado por natureza, na prática, a referida política pública alterará a natureza econômica dos tribunais tornando juridicamente difícil a exclusão de usuários. No entanto, como o atributo de rivalidade do Judiciário é inescapável, se o Judiciário for transformado em um sistema de livre acesso (não excludente), **o resultado será a transformação do Judiciário em um recurso comum.**

Figura 3: O Judiciário como Recurso Comum

		RIVALIDADE NO CONSUMO	
		Baixa	Alta
EXCLUDIBILIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos	Recursos Comuns
	Fácil	Bens de Clube	Bens Privados



Como resultado de políticas de livre acesso sem restrições, o Judiciário se torna um recurso comum vulnerável à superexploração e propenso a congestionamentos. Quanto mais governos em todo o mundo implementarem políticas para incentivar as pessoas a usarem o Judiciário, mais os tribunais ficarão congestionados<sup>78</sup>, assim como ocorreria com qualquer outro recurso comum sobreexplorado. O congestionamento judicial resultante aumenta, substancialmente, tanto a quantidade de tempo necessária para resolver uma disputa, quanto a probabilidade de resultados de baixa qualidade ou simplesmente incorretos, à medida que os magistrados ficam sobrecarregados com o crescente número de casos enquanto, simultaneamente, se exigem respostas cada vez mais rápidas. Dentro do mundo caótico da superexploração do sistema judicial, não é desarrazoado esperar que os magistrados concentrem o máximo de esforço possível na resolução de disputas para reduzir o estoque de casos em seu gabinete e invistam o mínimo possível em segurança jurídica<sup>79</sup>, dado que essa é uma externalidade positiva que reduz apenas marginalmente o estoque de casos para qualquer tribunal específico.

Em suma, uma vez que políticas de acesso irrestrito à justiça estejam em vigor, é trivial reconhecer que o Judiciário se tornará um bem não excludente e mais usuários acessarão o sistema. No entanto, como os sistemas adjudicatórios são rivais por natureza, o resultado esperado será a superexploração do sistema, levando à substancial degradação dos serviços fornecidos. Todos queremos que cada um tenha acesso aos serviços

*all?* Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective." *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 184-185.

<sup>78</sup> Considerando-se, evidentemente, que recursos escassos impedem a expansão ilimitada do Judiciário. Essa linha de raciocínio é aplicável quando a oferta de serviços adjudicativos é menor do que a demanda total percebida, tornando os tribunais bens rivais. Se uma sociedade é capaz e decide investir recursos suficientes para que a oferta seja sempre maior do que a demanda por serviços judiciais, então, o Judiciário não se tornará rival e não haverá congestionamento, embora haja sempre um congestionamento de equilíbrio dado um certo nível de serviços prestados.

<sup>79</sup> Assumindo-se que, em geral, há custos associados à descoberta e aplicação do direito, assim como na aquisição e processamento de qualquer tipo de informação, caso contrário isso pode não acontecer. Sobre o custo de coordenação dos juízes dentro do Judiciário quando os juízes têm um objetivo comum (ou seja, a mesma função de utilidade), cfr. Gico Jr. (2013). Para uma discussão sobre os custos de coordenação, quando eles podem ter objetivos diferentes (isto é, funções de utilidade diferentes), vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

adjudicatórios, pois a capacidade de reivindicar seus direitos é um requisito essencial de poder exercê-los. No entanto, uma vez concedido o acesso irrestrito aos tribunais, o sistema em si se sobrecarregará de casos e, embora o acesso ao sistema seja garantido, o serviço adjudicatório não será prestado em tempo hábil e/ou será fornecido, mas a uma qualidade muito menor; **esse resultado é exatamente o que chamo de Tragédia do Judiciário**<sup>80</sup>.

Quanto mais pessoas usarem o Judiciário, mais congestionado ele se tornará e menos útil será para o próximo usuário, uma vez que sua capacidade de fornecer serviços públicos adjudicatórios será prejudicada. O problema é se concentrar no acesso ao sistema (Judiciário) quando o foco deveria ser colocado na possibilidade de usar e gozar de seus frutos (direitos), que são — em grande medida — o que as pessoas realmente querem. Ao enfocar apenas a conscientização sobre os direitos e incentivar o uso irrestrito do Judiciário sem reconhecer que ele já está sobrecarregado de casos, a política pública de livre acesso está acelerando e incentivando a superexploração do sistema judicial, que já é disfuncional em muitas jurisdições. Ao reconhecer a natureza de recurso comum do Judiciário, podemos entender melhor o que está acontecendo nos tribunais de todo o mundo, nos quais as políticas de livre acesso irrestrito aumentam *pari passu* com o congestionamento dos tribunais.

Pode não ser por acaso que alguns autores identificaram um crescimento sem precedentes no volume de casos, resultando em congestionamento nos tribunais durante a década de 1960 — o mesmo período em que ocorreu a maior onda de políticas de livre acesso à justiça. Posner mostrou que, embora a carga de casos tenha aumentado constantemente nos Tribunais Federais dos Estados Unidos, esse crescimento foi modesto e facilmente acomodado pelo sistema de três níveis criado em 1891, até a década de 1960, quando o número de casos explodiu (1999, 53 et seq.). O Grupo de Trabalho sobre Administração da Justiça chegou às mesmas conclusões (NCJRS 1967), e Landes reforçou o argumento, afirmando que “é amplamente reconhecido que os tribunais estão sobrecarregados com um volume maior de casos do que podem lidar eficientemente”<sup>81</sup>.

Pode-se notar a ironia e a clara contradição entre a defesa incondicional de Cappelletti e outros<sup>82</sup> do livre acesso à justiça, enquanto, ao mesmo tempo, defendem que o congestionamento de um tribunal é, na verdade, justiça inacessível.<sup>83</sup> Semelhante aos modernos defensores do acesso irrestrito à justiça, Cappelletti, simplesmente, não conseguia perceber que esses dois objetivos são claramente contraditórios. Os objetivos de maior acesso e maior velocidade são, em grande medida, incompatíveis. Se o número de casos exceder substancialmente a capacidade de análise e processamento do Judiciário, cada caso levará mais e mais tempo para ser resolvido, e a análise de cada caso será cada vez mais e mais superficial, pois os magistrados não terão tempo suficiente para passar cuidadosamente por cada caso. Essa condição diminui a qualidade das decisões e, no limite, enfraquece a razão de se ter um Judiciário.

Além disso, outra questão que parece escapar à percepção de alguns cientistas sociais é que, enquanto a produção do direito pelos tribunais cria uma externalidade positiva e um efeito de rede positivo (cfr. Seção

<sup>80</sup> Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

<sup>81</sup> No original: “[i]t is widely recognized that the courts are burdened with a larger volume of cases than they can efficiently handle” (1971, 74). No mesmo sentido, CLEMENZ, Gerhard; GUGLER, Klaus. “Macroeconomic Development and Civil Litigation.” *European Journal of Law and Economics*, p. 215-230, 2000. p. 215) identificaram sobre a Áustria que “[t]he annual number of civil litigation cases taken to Austrian courts rose from 544,000 in 1960 to 951,000 in 1995. At the same time the population remained almost constant. Similar trends can be observed in other countries as well.”

<sup>82</sup> Para uma defesa moderna do acesso à justiça irrestrito, vide BEIER, Martin D. “Economics Awry: Using Access Fees for Case-load Diversion.” *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1175-1207, Apr. 1990.

<sup>83</sup> Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. “The effect of this delay, especially given the prevailing rates of inflation, can be devastating; it increases the parties’ costs and puts great pressure on the economically weak to abandon their claims or settle for much less than that to which they are entitled. As the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in Article 6, paragraph 1, explicitly recognizes, justice that is not available within a ‘reasonable time’ is, for many people, inaccessible justice” (1978, 190).

3 acima), o Judiciário é um recurso rival e sua superexploração cria congestionamento, o que, por sua vez, é uma externalidade negativa. Em outras palavras, podemos considerar os precedentes produzidos pelos tribunais — como um subproduto de suas atividades de resolução de disputas — uma externalidade positiva, porque outros podem usufruir dos benefícios do precedente criado sem ter contribuído para o custo de produzi-lo.<sup>84</sup> No entanto, o simples protocolo de uma ação desacelerará a prestação de serviços adjudicatórios na média para todos os demais usuários, resultando em uma externalidade negativa compensadora. Como a maioria dos casos não produz um precedente, enquanto todos os casos protocolados contribuem para o congestionamento do tribunal, acredito que a externalidade negativa decorrente do congestionamento judicial mais do que compense qualquer valor resultante da externalidade positiva da produção precedente. Essa conclusão torna irrelevante os argumentos econômicos para o fornecimento de subsídios para litígios com o objetivo de aumentar a produção de precedentes.

A Tragédia do Judiciário nos leva a um *conundrum* intrigante: as pessoas devem ser capazes de reivindicar seus direitos sem barreiras substanciais, mas o acesso irrestrito ao sistema público adjudicatório para cada pessoa prejudica o acesso à justiça para todos os demais. Deve ser possível criar alguns mecanismos de governança que impeçam a superexploração do Judiciário, embora o reconhecimento da natureza econômica dos tribunais leve à conclusão de que algum tipo de racionamento também pode ser necessário. Isso requer um pensamento estratégico sobre como estruturar melhor os tribunais e o sistema judicial no futuro, em uma visão que não envolva paixões ou discussões ideológicas. De qualquer forma, a compreensão da conexão do fenômeno ubíquo do congestionamento judicial no mundo com a natureza econômica do direito e dos tribunais pode ser um elemento importante na solução desse enigma ou, ao menos, em sua mitigação.

## 6 Conclusões

A morosidade judicial é um fenômeno mundial que tem sido objeto de políticas públicas de mitigação desde o início do século XX. Em cada onda de reforma, inúmeras medidas foram tomadas para tentar aliviar ou resolver o problema, nem sempre com sucesso. Acredito que parte desse fracasso se deva à falta de compreensão da natureza econômica do direito e dos tribunais. A Teoria Econômica do Direito delineada aqui pode ajudar os formuladores de políticas públicas a entender a dinâmica entre direitos, tribunais, a interrelação entre esses elementos e as políticas de acesso à justiça.

Ao perceber que o direito pode ser compreendido como um bem de clube e o Judiciário como um bem privado e que ambos são bens complementares perfeitos, somos capazes de entender melhor por que políticas de acesso irrestrito à justiça transformam o sistema judiciário em um recurso comum, i.e., simultaneamente não excludente e rival. O acesso sem restrições a esse recurso rival levará inexoravelmente ao fenômeno do congestionamento judicial que assola as jurisdições em todo o mundo. Nesse sentido, as políticas tradicionais de acesso à justiça podem levar a um maior acesso ao sistema judicial e, ao mesmo tempo, impedir que algumas pessoas tenham acesso efetivo a seus direitos, confirmando a Tragédia do Judiciário — um resultado totalmente contraintuitivo.

Todavia, como o direito e os tribunais são bens complementares, a restrição de acesso a estes, necessariamente, implica restrição de acesso àqueles, o que é socialmente indesejável, dado que direitos são bens meritórios. Nesse sentido, todos os esforços e pesquisas futuros devem ser concentrados no aumento do acesso aos frutos do sistema e não ao sistema em si. Em outras palavras, dada a natureza econômica do direito e dos tribunais, se não quisermos agravar os efeitos deletérios da Tragédia do Judiciário, o foco de

<sup>84</sup> Para fins de simplificação, aqui, estou ignorando que o Judiciário é, na realidade, financiado com recursos públicos originários de tributos pagos por todos os membros da sociedade e não apenas pelas custas processuais pagas pelos litigantes. Logo, é uma atividade subsidiada.

políticas públicas futuras deve ser no aumento de produtividade do Judiciário e da criação ou expansão de mecanismos de provimento coletivo de serviços adjudicatórios, como as ações coletivas. Só assim conseguiremos escapar dessa armadilha ou, ao menos, mitigá-la.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmfmartins fontes, 2011 [2005].
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edição: Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 (1832).
- BEIER, Martin D. “Economics Awry: Using Access Fees for Caseload Diversion.” *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1175-1207, Apr. 1990.
- BEIM, Deborah; CLARK, Tom, S.; PATTY, John W. “Why Do Courts Delay?” *Journal of Law and Courts*, p. 199-241, Fall, 2017.
- BENSON, Bruce L. *The Enterprise of Law: justice without the state*. Oakland, California: The Independent Institute, 2011 (1990).
- BUCHANAN, James M. “An Economic Theory of Clubs.” *Economica, New Series*, p. 1-14, Feb. 1965.
- BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7.
- BURBANO, Carolina Villadiego. “Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe.” Justice Studies Center of the Americas, 2009.
- BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n. 350).
- CAPPELETTI, Mauro ; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da Decisão Tributária*. Lisboa: Almedina, 2018.
- CLEMENZ, Gerhard; GUGLER, Klaus. “Macroeconomic Development and Civil Litigation.” *European Journal of Law and Economics*, p. 215-230, 2000.
- COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, p. 1-44, Oct. 1960.
- COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.
- CORNES, Richard; SANDLER, Todd. *The theory of externalities, public goods, and club goods*. New York, NY: Cambridge University Press, 1999 [1996].
- COWEN, Tyler. “Law as a Public Good: The Economics of Anarchy.” *Economics & Philosophy*, p. 249-267, Oct. 1992.
- DAKOLIAS, Maria. *Court Performance around the World: a comparative perspective*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 1999.
- DI VITA, Giuseppe. “Production of laws and delays in court decisions.” *International Review of Law and Economics*, p. 276-281, 2010.
- DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: alternative modes of Governance*. Princeton: Princeton Uni-

versity Press, 2007.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. "Courts." *The Quarterly Journal of Economics*, p. 453-517, May, 2003.

DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 10. ed.. Tradução: Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895].

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 5th. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

EHRlich, Isaac; POSNER Richard A. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking." *The Journal of Legal Studies*, p. 257-286, jan. 1974.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *The Evolution of Physics: the Growth of Ideas from the Early Concepts to Relativity and Quanta*. London: Cambridge University Press, 1938.

EUROPEAN COMMISSION. *The 2018 EU Justice Scoreboard*. Communication COM(2018) 364 final, European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

FALLERS, Lloyd A. *Law Without Precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*. Chicago: The University of Chicago Press, 1969.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

FRIEDMANN, David. "Private Creation and Enforcement of Law: a Historical Case." *The Journal of Legal Studies*, p. 399-415, Mar. 1979.

GARNER, Bryan A., ed. *Black's Law Dictionary*. 7th. St. Paul, Minn: West Group, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "A Tragédia do Judiciário." *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Teoria dos Times." Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário." *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, maio/ago. p. 55-84, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "O capital jurídico e o ciclo da litigância." *Revista Direito GV* 9, p. 435-464, jul./dez. 2013.

GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation." *Journal of Legal Studies*, p. 31-59, Jan. 2006.

GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons." *Science*, p. 1.243-1.248, Dez. 1968.

HARGIS, Thomas F. "The Law's Delay." *The North American Review*, 341. ed. p. 309-315, Apr. 1885.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961).

HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. "Rationing Justice." *The Journal of Law & Economics*, p. 1-10, Oct. 1965.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. "The Path of the Law." *Harvard Law Review*, p. 457-478, Mar. 1897.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005 (1967).

- LANDES, William M. "An Economic Analysis of the Courts." *Journal of Law and Economics*, p. 61-107, abr. 1971.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. "Adjudication as a Private Good." *The Journal of Legal Studies*, Private Alternatives to the Judicial Process ed.: p. 235-284, Mar. 1979.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis." *The Journal of Law & Economics*, Aug. p. 249-307, 1976.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MARCHESE, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Studi e Ricerche. Il Mulino, 2003.
- MARTINS, Pedro. *Historia Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.
- MAS-COLLEL, Andreu; WHISTON, Michal D.; GREEN, Jerry R. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995.
- MCADAMS, Richard H. *The Expressive Powers of Law: theories and limits*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.
- MESSICK, Richard E. "Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues." *The World Bank Research Observer*, p. 117-136, fev. 1999.
- MICHLAWSKI, Piotr; WALAKER, C.B.F. *A New Sumerian "Law Code"*. Vol. Occasional Publications of the Samuel Noah Kramer Fund, em *Dumu-e2-dub-ba-a: Studies in Honor of Åke W. Sjöberg*, edição: Hermann Behrens, Darlene Loding e Martha T. Roth, 383-396. Philadelphia: The University Museum, 1989.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Parte Geral: teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1924. v. 2
- MOUSOURAKIS, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Auckland: Springer, 2015.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice III*. New York, NY: Cambridge University Press, 2003 [2005].
- MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance: a study in public economy*. Bombay: Tata-McGraw-Hill Book Company, 1959.
- NCJRS. *Task Force Report: the Courts*. Task Force on the Administration of Justice, Washington: The U.S. Pres. Comm'n on Law Enforcement and Admin. of Justice, 1967.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*. Cambridge, Cambridge: Harvard University Press, 1971 [1965].
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1990].
- OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games & Common-Pool Resources*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1994.
- OSTROM, Vincent; OSTROM, Elinor. Public Goods and Public Choices. In: MCGINNIS, Michael Dean (ed.). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. University of Michigan Press, 1999 [1977]. p. 75-103. v. 2
- PARISI, Francesco. "The Efficiency of the Common Law Hypothesis." In: SCHNEIDER F.; ROWLEY C.K. *The Encyclopedia of Public Choice*. Boston, MA: Springer, 2004. p. 519-522.
- PARKER, Christine. *Just Lawyers: regulation and access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

- PELLEGRINA, Lucia Dalla. “Court delays and crime deterrence: an application to crimes against property in Italy.” *European Journal of Law & Economics*, p. 267-290, Sept. 2008
- PERRIN, Benjamin; AUDAS, Richard. *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada’s Justice Deficit*. Report Card , Ottawa: MacDonal-Laurier Institute, 2016.
- PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: F. Pichon, Ducesseur, Éditeur, 1904. Tome Premier. v. 3.
- POSNER, Richard A. “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does).” *Supreme Court Economic Review*, 1993: p. 1-41, 1993.
- POSNER, Richard A. *The Federal Courts: challenge and reform*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- QAZI, Asher A. “Suo Motu: Choosing Not to Legislate.” In: CHEEMA, Moeen H.; GILANI, Ijaz S. *Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court*. Islamabad: Oxford University Press , 2015.
- RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980].
- RIGGSBY, Andrew M. *Roman Law and the Legal World of the Romans*. New York, NY: Cambridge University Press, 2010.
- ROTH, Martha Tobi . *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Piotr Michalowski. Atlanta, Georgia: Society of Biblical Studies, 1997. v. 6.
- SAMUELSON, Paul A. “The Pure Theory of Public Expenditure.” *The Review of Economics and Statistics*, p. 387-389, nov. 1954.
- SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict: with a new Preface by the Author*. Cambridge: Harvard University Press, 1981 [1960].
- SCOTISH. Government . *Making Justice Work: Courts Reform (Scotland) Bill – A Consultation Paper*. Consultation Paper, Edinburgh: APS Group Scotland, 2013.
- SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *Economics of the Public Sector*. 4th. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2015.
- UNITED NATIONS. *United Nations and the Rule of Law*. s.d. <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>. Acesso em: 22nd June 2018.
- VAN RHEE, C. H. (Remco); FU, Yulin. *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Dordrecht: Springer, 2014. V. 31.
- VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. “An Economic Theory of Court Delay.” *European Journal of Law and Economics*, p. 243-268. 2000.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999 [1920]. v. 2.

---

Autor agradece a Bernardo Mueller, Luciana Luk-Tai Yeung, Bruno Salama, Danielle Cristina Lanius, Tom Ginsburg, William Hubbard, Carolina Sales Cabral Arlota, John Leubsdorf e os participantes do Workshop de Pesquisa da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Rio, do *Scholars Colloquium* do *Summer Institute in Law and Economics* na *University of Chicago* e do *German Law & Economics Association Annual Meeting* de 2019 pelos comentários e sugestões.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público**

**Conditions (or counterparts) that the Granting Authority may require to carry out the so-called “prorogation by public interest” of public service concessions**

Felipe Montenegro Viviani  
Guimarães

# Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público\*

## Conditions (or counterparts) that the Granting Authority may require to carry out the so-called “prorogation by public interest” of public service concessions

Felipe Montenegro Viviani Guimarães\*\*

### Resumo

Este artigo trata da prorrogação das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público). Seu objetivo é verificar as condições (ou contrapartidas) que podem ser exigidas para a realização dessa espécie de prorrogação — considerada pelo Poder Executivo federal um dos principais instrumentos para incentivar novos investimentos privados em setores de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento do Brasil. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que a prorrogação por interesse público pode estar sujeita às mais diversas condições — por exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a redução da tarifa cobrada dos usuários; (iii) a realização de novos investimentos na concessão; (iv) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; e (v) a extinção da exclusividade da outorga —, o que confirma a hipótese de pesquisa.

**Palavras-chaves:** Direito Administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação. Condições.

### Abstract

This article deals with the prorogation of public service concessions for mere reasons of convenience and opportunity of the parties (or public interest prorogation). Its purpose is to verify the conditions (or counterparts) that may be required to carry out this species of prorogation — considered by the federal Executive Branch one of the main instruments to encourage new private investments in key infrastructure sectors for the development of Brazil. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the prorogation by public interest may be subject to the most diverse conditions — for example: (i) the payment for the prorogation of

\* Recebido em 08/06/2019

Aprovado em 04/12/2019

\*\* Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica (São Paulo, SP, Brasil). Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor e Advogado. E-mail: felipemvg@hotmail.com.

the grant; (ii) **the reduction of the tariff charged of the users**; (iii) the realization of new investments in the concession; (iv) the inclusion of a performance clause in the concession contract; and (v) the extinction of the grant exclusivity —, which confirms the hypothesis of research.

**Keywords:** Administrative law. Public service. Concession. Prorogation. Conditions.

## 1 Introdução

No presente artigo, nós analisaremos o instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a prorrogação por meras razões de conveniência e oportunidade das partes ou, simplesmente, prorrogação por interesse público.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação por interesse público de inúmeras concessões foi autorizada, recentemente, no Brasil, por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Em segundo lugar, porque a prorrogação por interesse público constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral, por muitos anos, merecendo, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho buscará contribuir para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Nesse sentido, nosso objetivo consiste em verificar as condições que o Poder Concedente pode exigir para a realização da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público<sup>1</sup>. E nossa hipótese de pesquisa é que essas condições podem ser bastante variadas, dado o amplo poder discricionário conferido pela Constituição da República ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da prorrogação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação por interesse público. E, na segunda, veremos as condições que podem ser exigidas para a realização dessa espécie de prorrogação. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

## 2 Espécies de prorrogação

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dos contratos de concessão; *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

<sup>1</sup> No presente artigo, a expressão “condição para a prorrogação por interesse público” significa a contrapartida dada pela concessionária de serviço público em troca do prolongamento do prazo de vigência da respectiva concessão.

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua *prorrogação*, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (grifo nosso)

No exercício da competência legislativa acima, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei de Portos), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32<sup>2</sup>.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público — ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência — pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, que se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada<sup>3</sup>e<sup>4</sup>.

Vejam, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

## 2.1 Prorrogação por emergência

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade — em regra, de seis a vinte e quatro meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”<sup>5</sup>.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência.

Com efeito, no julgamento da ADI 118 MC/PR, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) deixou dito que, para garantir a “continuidade” do serviço público (de “transporte coletivo de passageiros”),

<sup>2</sup> Cf., no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19, art. 1.º a 7.º; 16; e 17.

<sup>3</sup> Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Nada obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, já que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público — ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções abaixo, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação.

<sup>4</sup> Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, art. 57; e a Lei 16.933/19, art. 3.º, I. Todavia, a nosso sentir, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que, tanto a “prorrogação não antecipada”, quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

<sup>5</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13, art. 9.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 16.

evitando sua interrupção “ex-abrupto”, o Poder Concedente pode prorrogar, “a título precário”, por prazo curto (em geral, por “seis meses, doze meses”), uma “concessão de serviço público” que chegou a seu “termo”, até que termine a “licitação” para nova outorga da atividade. Eis o trecho principal do voto vencedor do vogal, Ministro Paulo Brossard; *verbis*:

**Quando uma concessão de serviço público chega a seu termo, via de regra, o serviço não para ex-abrupto, porque a Administração, dispondo de tempo suficiente, publica os editais com antecedência, faz a licitação ou, então, a título precário, prorroga por seis meses, doze meses, exatamente para que não haja a solução de continuidade na prestação do serviço público.**<sup>6</sup> (grifo nosso)

E, no julgamento do AgRg no AREsp 481.094/RJ, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, para evitar a “paralisação na prestação do serviço de transporte”, “em completa afronta ao princípio da continuidade”, uma permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “conclusão do procedimento licitatório” (no caso, foi autorizada a prorrogação por “até um ano”), se, “em razão da desmobilização da infraestrutura estatal”, for verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço” ao término da outorga. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

**Declarada a nulidade da permissão outorgada sem licitação pública, não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação.**

**Convém ressaltar que a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público de que trata a presente demanda, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior a conclusão do procedimento licitatório, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.**

Assim, **visando a continuidade do serviço público de transporte e o interesse de toda coletividade, autoriza-se a realização do procedimento licitatório no prazo de até 1 ano**, independentemente do trânsito em julgado, **momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão.**<sup>7</sup> (grifo nosso)

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público.

De fato, Adilson Abreu Dallari<sup>8</sup> ensina que, “com fundamento no princípio da continuidade do serviço público”, e com vistas a “evitar a interrupção abrupta e instantânea de um determinado serviço” público (“que, por definição, é essencial”), “o Poder Público pode determinar ao concessionário que permaneça executando esse serviço por mais algum tempo”, “até a sua integral regularização, o que se dará mediante a celebração de novas concessões, precedidas do indispensável procedimento licitatório”.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>8</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-88. Cf., ainda: no Brasil, CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347; MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 212-213 e 218; na Espanha, RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 150-157; na Argentina, GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. v. 3. p. 221.

## 2.2 Prorrogação por reequilíbrio

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente — nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito ou força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato”<sup>9</sup>.

A propósito, vale salientar que a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio.

Com efeito, no julgamento do RMS 1.835/DF, o Tribunal Pleno do STF decidiu que “não é ilegal o ato do Prefeito que acertou com o concessionário da exploração de um parque de diversões a prorrogação por mais três anos, a troco da vantagem de mudança do local, sem despesas para a Prefeitura”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mário Guimarães; *verbis*:

A explicação da Prefeitura foi cabal: funcionava na Quinta da Bôa Vista, há mais de cinco anos, um parque de diversões. A Prefeitura precisou do local para instalação do Jardim Zoológico, transferido para aquela Quinta. Entrou em entendimento com o proprietário do parque, que se mudou para outro local, na mesma Quinta. **Como, porém, essa transferência acarretaria despesa para o concessionário, do acordo constou que ele teria, como indenização dessas despesas, prorrogada por mais três anos a autorização.**

**Desse ato não resultou qualquer violação de direito** *do impetrante*, desejoso de inscrever-se numa hipotética concorrência pública.<sup>10</sup> (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público<sup>11</sup>] poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, constante do Acórdão TCU n.º 774/16; *verbis*:

Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), Sr. Edinho Araujo, fundamentada no art. 1.º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, e no art. 264, do RI/TCU, versando sobre dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, no tocante aos seguintes pontos: a) unificação ou consolidação de contratos de arrendamento portuário; e b) extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

<sup>9</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução Antaq 3.220/14, art. 14, III; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 4.º, § 2.º; 5.º, par. ún.; e 7.º, § 1.º, 8.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF*. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mário Guimarães. Brasília, 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 83-84 e 88.

[...]

A SEP/PR defende, em síntese, a prorrogação contratual, como meio para proporcionar o reequilíbrio econômico-financeiro, não vinculada à prorrogação prevista pelo art. 57, da Lei 12.815/2013, e pelo art. 19, do Decreto n.º 8.033, de 2013, por ela denominada “prorrogação ordinária”, em paralelo com a “prorrogação extraordinária”.

[...]

A alteração do prazo de validade contratual é medida que deve ser usada com parcimônia, uma vez que a licitação de arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação, por parte de todos os demais interessados nas áreas e instalações portuárias, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. Veja que, na ordem constitucional a primazia é do procedimento de licitação, com igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei (art.37, XXII, da CF).

A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários.

[...]

Em conclusão, **tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual**, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado.<sup>12</sup> (grifo nosso)

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público.

De fato, Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>13</sup> leciona que a prorrogação por reequilíbrio busca “corrigir eventual desequilíbrio econômico-financeiro” do contrato de concessão, tendo lugar — “independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação” — em razão de “desequilíbrio econômico-financeiro” causado pela concretização de “risco contido na álea extraordinária”, pelo prazo “estritamente necessário ao reequilíbrio”.

## 2.3 Prorrogação por interesse público

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Acórdão TCU nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 6 de abril de 2016. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910). Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>13</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 16-30. Cf., ainda: no Brasil, JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 128-129 e 131-134; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006. p. 108-110; na Espanha, ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960. p. 571 e 642-643; em Portugal, AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 64-66.

medida estejam presentes<sup>14</sup> e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade<sup>15</sup>. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em vista das circunstâncias vigentes à época — dentre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço”<sup>16</sup>.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público.

Com efeito, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do STF decidiu que os contratos de concessão de serviço público se extinguem, normalmente, no termo final de seu prazo de vigência, “salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste”, ou melhor, “salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa) e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

**A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido — prazo contratual — cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.**

[...]

Um **contrato de concessão**, portanto, firmado que é a partir de um certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais, ocorrendo, desse modo, o **encerramento** do contrato *no prazo* nele definido, **salvo a realização de ajuste**, ao final do termo, pela **prorrogação contratual**, se atendidas as exigências legais para tanto e *se presente o interesse público na permanência do ajuste*.

[...]

Como salientado anteriormente, o prazo contratual definido tinha seu término previsto para 28/8/13. Após essa data, não havia qualquer garantia de continuidade do contrato, **salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa)** e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos, dentre eles: (i) cumprimento do contrato e (ii) a implementação das disposições regulamentares que viessem a ser estabelecidas para o setor elétrico (primeira subcláusula da cláusula quarta do contrato).<sup>17</sup>e<sup>18</sup> (grifo nosso)

<sup>14</sup> Exemplo: (i) outorga precedida de licitação; (ii) previsão no edital de licitação; (iii) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (iv) consenso entre as partes; e (v) vantajosidade da medida.

<sup>15</sup> As condições para a prorrogação por interesse público serão apresentadas na seção 2 abaixo.

<sup>16</sup> Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95, art. 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I e II.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>18</sup> O STF debruçar-se-á, em breve, novamente, sobre o tema da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Com efeito, está previsto para o segundo semestre deste ano o julgamento da medida cautelar da ADI 5.991/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei 13.448/17. A propósito, vale ressaltar que, nessa ação judicial, a PGR manifestou, expressamente, o entendimento de que, apesar da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o instituto da prorrogação antecipada “em si” é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I. Eis o trecho principal da petição inicial da referida ação direta: “Importante ressaltar que não se argui, aqui, a inconstitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada em si. O que se defende é que, embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175—parágrafo único—I, essa prorrogação não pode ser permitida — muito menos realizada — em desacordo com os ditames con-

No julgamento do TC 024.882/2014-3, o Plenário do TCU concluiu que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais contratos tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório”; e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos”, pela arrendatária, na infraestrutura portuária. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15; *verbis*:

8. A prorrogação antecipada, objeto deste acompanhamento, tem previsão no art. 57, da Lei 12.815/2013 (destaques acrescidos):

[...]

12. Nesse contexto, preliminarmente à análise de mérito do relatório de acompanhamento, em face da relevância e ineditismo da matéria sob exame, três **questões jurídicas fundamentais** suscitaram o envio deste processo para manifestação do Ministério Público junto ao TCU: i) a **constitucionalidade da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento**; ii) a regulamentação do art. 57, da Lei dos Portos, por meio de portaria da Secretaria de Portos; e iii) a atribuição de competências à Antaq a partir da referida norma infralegal.

13. O MPTCU, além de endossar as propostas consignadas pela SeinfraHidroferrovias, manifestou-se, **favoravelmente**, às questões jurídicas suscitadas, ao concluir que:

— **o art. 57, da Lei n.º 12.815/2013** — que dispõe sobre a possibilidade de antecipação das prorrogações dos contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei n.º 8.630/1993 e precedidos de regular procedimento licitatório, desde que condicionada à realização de novos investimentos –, **não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos**; [...]

14. Destarte, **ao anuir, integralmente, às razões fundamentadas no parecer do MPTCU**, passo ao exame da matéria de fundo dos trabalhos de fiscalização.<sup>19</sup> (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, o Plenário do TCU considerou “constitucional” a prorrogação antecipada de diversas concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública. De fato, os Ministros da Corte de Contas concordaram que a licitação simultânea de todas as concessões de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (ou seja, de quarenta e três concessões de distribuição, que atendiam, em conjunto, dezoito Estados da Federação, fornecendo energia elétrica a cerca de cinquenta milhões de unidades consumidoras, e movimentando, diretamente, em torno de sessenta bilhões de reais, o que representava, no ano de 2014, aproximadamente, cinquenta por cento do mercado e da receita de distribuição nacionais), na conjuntura econômica e política do País existente àquela época (isto é, em um contexto de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontrava o segmento de distribuição), traria riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do País do que a opção pela prorrogação (pelo prazo de trinta anos). Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15; *verbis*:

16. Ao analisar os argumentos do MME e da Aneel que justificam a opção pelo modelo escolhido, a

---

stitucionais que norteiam a Administração Pública e que informam os seus atos, em particular, a eficiência, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, previstos no art. 37–caput, bem como com a regra da licitação” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. [Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF]).

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU n.º 2.220/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, 2 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f). Acesso em: 2 ago. 2019.

SeinfraElétrica concluiu que a prorrogação dos contratos em comento, nas condições em que está sendo feita, fere o art. 175, da CF/1988, que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos, conforme a seguir: [...]

17. Diante disso, propõe determinar ao MME que promova a licitação de todas as concessões abrangidas no art. 7.º, da Lei 12.783/2013, prorrogando-se os contratos apenas durante o período necessário para a preparação dos procedimentos licitatórios e assunção de nova concessionária.

18. A conclusão pela necessidade de realização de licitação considera que não foram apresentados estudos suficientemente detalhados para justificar a opção pela prorrogação dos contratos. Para a unidade técnica, faltaram informações consistentes, indicando vantagens e desvantagens de prorrogar ou licitar, que pudessem ser levadas em conta para a melhor tomada de decisão, não restando também devidamente demonstrados os riscos que a licitação poderia trazer ao atendimento dos critérios da lei.

[...]

26. Quanto à carência de informações para justificar a decisão, realmente, não se encontram nos autos parâmetros e variáveis que demonstrem, com precisão, que a prorrogação seria a melhor solução. Não obstante, *vejo que os argumentos e dados apresentados são bastantes para se concluir que a realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação.*

27. Note-se que a SeinfraElétrica não deu por inconstitucional o art. 7.º, da Lei 12.783/2013, o que o coloca em situação diferente da do art. 1.º, da Lei 10.577/2002, que previa a manutenção de contratos de exploração de serviços postais celebrados pela ECT e foi considerado inconstitucional pelo TCU, por contrariar o art. 175, da CF/1988, conforme Acórdão 574/2006-Plenário. [...]

28. ***Também tenho por constitucional o art. 7.º, da Lei 12.783/2013.*** Todavia, ao admitir como juridicamente aceitável a opção ali conferida, tomo por base não o simples fato de terem sido fixadas condições para a prorrogação, mas o reconhecimento implícito da importância estratégica do serviço de distribuição de energia elétrica e da gravidade que pode advir da descontinuidade no seu fornecimento, mais ainda quando estão envolvidos contratos que atendem, em seu conjunto, por volta de 50 milhões de unidades consumidoras e representam cerca de 50% do mercado cativo do País, significando que, nesse caso específico, tão severas podem ser as consequências dos riscos, que existe margem para *situações de exceção* que justifiquem a não realização da licitação.

29. Nessa linha, tanto mais em se tratando de um serviço que demanda vultosos investimentos para a sua prestação adequada e para o atendimento à necessidade de permanente expansão da rede, penso que faltou nas análises a ***ponderação*** do contexto atualmente vigente de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontra o segmento de distribuição em face de modificações em curso no modelo tarifário, que, em prol da transparência dos valores pagos pelos consumidores, passa a admitir uma maior volatilidade das tarifas e transfere para as distribuidoras as incertezas na remuneração.

[...]

42. Portanto, diante dos riscos envolvidos na realização das licitações neste momento, e não vislumbrando, no caso concreto, incompatibilidades entre os motivos apresentados pelo Poder Concedente e a discricionariedade conferida pela legislação, ***considero justificada a opção pela prorrogação das concessões conferida no art. 7.º, da Lei 12.783/2013***, desde que atendidos os critérios ali estabelecidos.<sup>20</sup>e<sup>21</sup> (grifo nosso)

<sup>20</sup> TCU, Acórdão n.º 2.253/15, Órgão Julgador: Plenário, Relator(a): Ministro José Múcio Monteiro, j. 9.9.2015.

<sup>21</sup> Outro precedente jurisprudencial importante sobre a matéria será a decisão que o TCU vier a tomar nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação por interesse público da concessão da Rumo Logística Operadora Multimodal S/A referente à Malha Paulista (Rumo – Malha Paulista) — *leading case* em matéria de prorrogação de concessões ferroviárias na Corte. A propósito, vale ressaltar que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) já aprovou a referida prorrogação, que aguarda, agora, o aval da Corte de Contas. O TCU ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Entretanto, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da prorrogação da Rumo — Malha Paulista “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação” (MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. [Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malha Paulista]).

Por sua vez, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público.

De fato, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>22</sup> ensina que os contratos de concessão de serviço público podem ser prorrogados “por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo”, nesse caso, desde que haja: (i) “previsão legal autorizadora”; (ii) “possibilidade [...] acolhida no edital”; (iii) “bom desempenho do concessionário”; e (iv) “interesse de ambos na continuidade daquele vínculo”.

Vistas as características específicas da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as condições que o Poder Concedente pode exigir para a realização dessa espécie de prorrogação.

### 3 Condições para a prorrogação por interesse público

Na seção 1.3 acima, vimos que a prorrogação por interesse público é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas), propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da medida *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.

Essas condições podem ser as mais variadas, tendo em vista o amplo poder discricionário conferido, pela CRFB/88, art. 175, par. ún., I, ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria<sup>23</sup>. Senão vejamos.

#### 3.1 Pagamento pela prorrogação da outorga

Algumas leis estabelecem que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com o pagamento do valor fixado pelo Poder Concedente para prorrogação da outorga.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009. p. 57. Cf., ainda: no Brasil, MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 211-212 e 218-220; GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas*: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 416-426; SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro*: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-505; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 14-15; SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 83, 85, 87-89 e 105; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 176-183; NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, mai. 2019. p. 55-57 e 59-60; na França, LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2. Paris: LGDJ, 1983. p. 635-638 e 685-687; na Itália, IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. reimpr. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 608-613; em Portugal, TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 229-230 e 233-248; na Argentina, ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*: parte especial. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 140-144; no Uruguai, LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed. Montevideo: [s.n.], 1974. v. 1. p. 76-77 e 574; no Chile, VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965. p. 90-91.

<sup>23</sup> Com efeito, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não fixou — ao menos expressamente — nenhum limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público pelo legislador ordinário; por exemplo: ela não previu que o referido instituto atenderia a tal ou qual fim; teria lugar diante de tal ou qual situação fática; poderia ser utilizado em tal ou qual momento da concessão e por tal ou qual prazo; obedeceria a tal ou qual procedimento; e, para o que nos interessa mais neste trabalho, dependeria da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária de serviço público.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 4.º, § 1.º, que a prorrogação das concessões do serviço público de energia elétrica poderá ser feita “a título oneroso” em favor da União Federal;
- (ii) da Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seus art. 93, VI; e 99, § 1.º, que a prorrogação das concessões do serviço público de telecomunicações implicará o “pagamento” do “valor” fixado pelo Poder Concedente: (a) pela outorga do “direito de exploração do serviço”; e (b) pela outorga do “direito de uso das radiofrequências associadas”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 8.º, § 1.º, VII, que o órgão ou entidade competente para as prorrogações das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário fundamentará tais prolongamentos por meio de estudo técnico, do qual constarão “os valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações, quando for o caso”<sup>24</sup>.

Sobre o ponto, Arnoldo Wald<sup>25</sup> ensina que é “manso e pacífico” o entendimento de que as concessões de serviço público podem ser prorrogadas por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, “desde que cumpridas as obrigações assumidas pelo concessionário e eventualmente pago por ele um preço razoável pela prorrogação do prazo”; e acrescenta: o valor desse pagamento pode ser “determinado desde logo ou determinável”, nesse caso, “desde que conhecidos os elementos que ensejarão a sua fixação”.

### **3.2 Redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados**

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a redução do valor das respectivas tarifas proporcionalmente ao nível de investimentos já amortizados em bens reversíveis.

É o caso, por exemplo, da Lei 12.783/13, a qual prevê, em seu art. 13 c.c 15, que a prorrogação antecipada das concessões do serviço público de energia elétrica está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: redefinição da “tarifa ou receita inicial” das concessionárias de geração, transmissão ou distribuição pela “Aneel”, sendo certo que, no “cálculo” das novas “tarifas” e “receitas”, a Agência Reguladora deverá considerar — somente “quando houver” — a “parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo Poder Concedente”. A propósito, Toshio Mukai<sup>26</sup> leciona que a prorrogação dos contratos de concessão pode ser realizada “em prol da prestação adequada do serviço”, “nos termos da estipulação contratual”; mas, nesse caso, “pelo menos a tarifa deve ser revista, pois parcela da mesma não mais será necessária, especificamente a parte que se refere à amortização já concluída”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 6.º; e 7.º, § 1.º, 7.

<sup>25</sup> WALD, Arnoldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v. 3. p. 182-187.

<sup>26</sup> MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 458-459.

<sup>27</sup> No âmbito das parcerias público-privadas, o Poder Concedente poderia condicionar a prorrogação do contrato de concessão à redução da contraprestação paga ao parceiro privado. De fato, João Pacheco de Amorim ensina que “a primeira das condições juridicamente exigidas para a Administração poder (ou melhor dizendo, dever) assegurar a continuidade da colaboração do contraente privado” “é, reiterar-se, que venha a ser positivo o balanço da execução do contrato em causa”; e continua: “Mas não basta, como vimos, a mera constatação do bom desempenho do cocontratante para se justificar a prorrogação do contrato. A tal fator tem que acrescer um específico e ‘positivo’ imperativo de interesse público, a que se podem reconduzir múltiplas hipóteses”; por exemplo: “a de almejar o contraente público (pressionada que está, hoje, a Administração — e estará nos próximos anos — por razões financeiras) o acordo do cocontratante numa redução das prestações contratuais postas a concurso que adapte o contrato à atual época de austeridade, diminuindo, com isso, na mesma proporção, as suas (dele contraente privado) receitas” (AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 4. p. 52-53.).

### 3.3 Realização de novos investimentos na concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a realização de novos investimentos na concessão, aprovados pelo Poder Concedente.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 1.º, §§ 1.º, III, e 5.º, que a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: “submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Aneel”, cabendo à Agência Reguladora disciplinar “a realização de investimentos [...] com vistas a manter a qualidade [...] do serviço”;
- (ii) da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, § 1.º, que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário “dependerá da aceitação expressa” pela arrendatária da “obrigação de realizar investimentos” na infraestrutura portuária, segundo “plano” de investimentos elaborado pela própria contratada, mas aprovado pelo Poder Concedente; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seus art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I e V; 9.º; e 25, § 1.º, que a prorrogação das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário está condicionada à inclusão de “novos investimentos” nos contratos prorrogados, “em malha própria ou naquelas de interesse da Administração Pública”<sup>28</sup>e<sup>29</sup>.

Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>30</sup> ensina que a prorrogação por interesse público “é, em si, um fator de desequilíbrio contratual”, porquanto ela “traz para ele [ou seja, para o concessionário] a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida, o que, certamente, acarreta custos [...] mas também o alargamento do seu potencial de ganhos”; por isso, é preciso que “a prorrogação coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial”, o que pode ser feito, por exemplo, “incluindo-se novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas”.

### 3.4 Adequação do contrato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar em adequar o respectivo con-

<sup>28</sup> Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º; 5.º; 6.º; e 7.º, § 1.º, 1.

<sup>29</sup> A propósito, vale dizer que não vemos nenhuma proibição ao condicionamento da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões do serviço público ferroviário à realização dos chamados “investimentos cruzados”, ou seja, aqueles efetuados por uma concessionária do serviço público ferroviário em infraestrutura ferroviária administrada por terceiro — leia-se: a Administração Pública ou outra concessionária, permissionária ou autorizatária. Com efeito, esses investimentos são, a nosso sentir, plenamente compatíveis não só com o caráter negocial do instituto jurídico da prorrogação por interesse público, mas também com o caráter sistemático do Subsistema Ferroviário Federal (Lei 12.379/11, art. 20). No mesmo sentido, Marco Aurélio Barcelos e Tarcísio Gomes de Freitas entendem que “[n]ão existe [...] a alegada inconstitucionalidade em relação à mecânica criada” — ou seja, a mecânica dos “investimentos cruzados”. Em primeiro lugar, porque “não se pode ignorar o fato de que o transporte de cargas de longa distância é sistêmico e costuma ultrapassar as fronteiras de influência de um único Estado” — ao Poder Concedente, “cabendo, então, estabelecer as políticas do setor com base em uma visão do todo, que leve em conta o que é melhor para ‘o País’”. E, em segundo lugar, porque os “investimentos cruzados” possuem importante finalidade no Setor Ferroviário; a saber: em um cenário de “escassez orçamentária”, “permitir [...] a construção de novos trechos ferroviários” “em um curto espaço de tempo” e, conseqüentemente, “garantir a oferta de transporte para os produtos brasileiros com maior segurança e qualidade”. Por fim, os autores ainda acrescentam que, “se houver falha na construção dos trechos ou atrasos na sua execução, as empresas sofrerão penalidades no contrato de concessão prorrogado e, no extremo, poderão até mesmo perdê-lo” (BARCELOS, Marco Aurélio; FREITAS, Tarcísio Gomes de. A lógica dos investimentos cruzados nas ferrovias do Brasil. *Serviço de Notícias Agência Infra*, Brasília, 28 ago. 2018.).

<sup>30</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-168.

trato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; 19; 25; e 27, § 4.º, que a prorrogação das concessões do serviço público de energia elétrica far-se-á de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão deverá conter “cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei n.º 8.987, de 1995”; e
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 11, § 4.º, que o termo aditivo de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica conterá “cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem o disposto nesta Lei”.

A respeito, Clément Colson<sup>31</sup> leciona que “l’offre de une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service”, já que, por meio dela, “[o]n peut alors corriger ce qui, dans le contrat primitif, ne répondrait plus aux besoins [públicas]”.

### 3.5 Inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a inclusão de cláusula de desempenho no respectivo contrato de concessão.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; 19; 25, §§ 1.º e 2.º; e 27, § 4.º, que a prorrogação das concessões do serviço público de energia elétrica far-se-á de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão conterá “cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico”, os quais serão fiscalizados por meio de “índices apropriados”, e aos quais serão vinculadas “penalidades” para o caso de descumprimento;
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 6.º, par. ún., II, que a prorrogação das concessões do serviço público de transmissão de energia elétrica dependerá da “aceitação expressa” da seguinte condição pela concessionária: “submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Aneel”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 9.º, II, que a prorrogação das concessões do serviço público ferroviário será orientada pela inclusão de “parâmetros de qualidade dos serviços” nos contratos prorrogados, com os respectivos “planos de investimento”.

### 3.6 Adoção das melhores práticas regulatórias no contrato de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a adaptação do respectivo ajuste às técnicas de regulação desenvolvidas pelas Agências Reguladoras após sua criação.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seus art. 3.º, 6.º e 7.º, que a prorrogação das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: adoção das “melhores práticas regulatórias” nos contratos prorrogados, notadamente a inclusão de “mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga”<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> COLSON, Clément. *Cours d’économie politique: les travaux publics et les transports*. 2. éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. v. 6. p. 419.

<sup>32</sup> Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º; e 6.º.

### 3.7 Extinção do caráter de exclusividade da concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar em abrir mão do caráter de exclusividade da concessão.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 15, que a prorrogação “das atuais e das novas concessões” do serviço público de distribuição de energia elétrica será realizada “sem exclusividade” de fornecimento de energia aos grandes consumidores; e
- (ii) da Lei 10.233/01, a qual dispõe, em seu art. 34-A, que as prorrogações das concessões do serviço público ferroviário poderão ser realizadas com ou sem “caráter de exclusividade quanto a seu objeto”<sup>33</sup>.

Sobre o ponto, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>34</sup> ensina que a “prorrogação pode ensejar a modificação da concessão, inclusive dela se retirando características que prevaleciam anteriormente e, agora, não mais prosperam no sistema jurídico”; por exemplo, a extinção do “caráter de exclusividade” da outorga.

### 3.8 Reorganização das áreas de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a reorganização da respectiva área de concessão.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; e 22, que o Poder Concedente poderá condicionar a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de transmissão e de distribuição de energia elétrica ao “reagrupamento” das respectivas “áreas” de concessão, segundo “critérios de racionalidade operacional e econômica”;
- (ii) da Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, § 3.º, que a Anatel poderá propor, a seu “critério”, quaisquer “condicionamentos” para a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações, notadamente a “reorganização [...] da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 25, *caput* e §§ 1.º e 2.º, I, III e IV, que, por ocasião da prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário, o Poder Concedente poderá realizar “alterações” nesses ajustes com vistas a “solucionar questões operacionais e logísticas”, sendo certo que tais alterações poderão compreender a “reconfiguração da malha ferroviária”, com o “desmembramento de parte da faixa de domínio” e a “incorporação” de trechos ferroviários “resultantes da cisão de outros contratos”.

A propósito, Romário de Oliveira Batista<sup>35</sup> leciona que “o Poder Concedente dispõe da prerrogativa de estabelecer novas obrigações ao concessionário, quando da renovação do prazo de concessão”; por exemplo, “a eventual reorganização de áreas de concessão”.

<sup>33</sup> Cumpre destacar que a Lei 13.448/17, art. 21, alterou a redação da Lei 10.233/01, art. 34-A, a qual estabelecia, em sua redação original, que as prorrogações das concessões do serviço público ferroviário seriam realizadas, sempre, com “caráter de exclusividade quanto a seu objeto”. Essa alteração legislativa habilitou o Poder Concedente a condicionar tais prorrogações à extinção do caráter de exclusividade da outorga.

<sup>34</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59-60.

<sup>35</sup> BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação: verdades, meias verdades e pontos para reflexão. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: Anel, 2010. p. 164-168.

### 3.9 Vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura por ela administrada (Exemplo: a capacidade de geração de uma usina elétrica) ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 1.º, §§ 1.º, II, e 3.º, que a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica dependerá da “aceitação expressa” da seguinte condição pelas concessionárias: “alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica” (as quais, por sua vez, fornecem energia aos chamados consumidores cativos), a serem “definida[s]” pela “Aneel” e “revisadas, periodicamente,” pela Agência Reguladora, “conforme regulamento do Poder Concedente”; e
- (ii) da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 9.º, III e § 1.º, que a prorrogação das concessões do serviço público ferroviário será orientada pela garantia de “acesso à infraestrutura ferroviária e aos recursos operacionais do concessionário” pelos demais operadores de transporte ferroviário (notadamente, os chamados “operadores ferroviários independentes”), mediante a definição de “níveis de capacidade de transporte” anuais pela “ANTT”, cabendo, ainda, à Agência Reguladora, fiscalizar o atendimento de tais níveis pelo concessionário.

Sobre o tema, vale ressaltar que, nos chamados “serviços em rede” — caso do serviço público ferroviário, o direito de acesso à rede está relacionado, diretamente, ao acesso ao próprio mercado, sendo, pois, essencial para promover a existência de uma pluralidade de operadores e, conseqüentemente, a concorrência intrasetorial. Com efeito, Samuel Tejado Aguado<sup>36</sup> ensina que “[l]a interrelación entre el acceso a la red y el acceso al mercado en los sectores dependientes de infraestructuras en red resulta inmediata”, sendo certo que “no podríamos pretender una pluralidad de agentes en la prestación los servicios ferroviarios sin diseñar, previamente, mecanismos estables que permitiesen [...] acceder al elemento clave que sirve de sustento para la realización de estas actividades; y más aún, cuando la infraestructura es única”; e, a seguir, conclui: “[p]or tanto, es esencial garantizar el acceso a los operadores potenciales, para que tenga absoluto sentido abrir el mercado prestacional a la competencia”.

### 3.10 Incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a incorporação de novas tecnologias e serviços no âmbito da concessão.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seus art. 3.º; 6.º; 22; e 25, caput e § 2.º, II, que a prorrogação das concessões do serviço público ferroviário está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: a adoção de “novas tecnologias” nos contratos prorrogados, bem assim a inclusão/exclusão de “serviços” em tais ajustes<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> AGUADO, Samuel Tejado. El nuevo modelo ferroviario español: la competencia en el transporte ferroviario de pasajeros. In: PASTOR, Juan Alfonso Santamaría et. al. (Dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. Madrid: Iustel, 2011. p. 271-272.

<sup>37</sup> Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º.

A respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano S. de Albuquerque Maranhão<sup>38</sup> lecionam que “a possibilidade de remodelação da execução do serviço é conveniente e importante para o sucesso da concessão”, notadamente “em Setor onde a evolução tecnológica ao longo do tempo de vigência do contrato pode trazer novos desafios, muitas vezes imprevisíveis no momento da contratação” (os autores têm em vista o Setor de Telecomunicações); mas advertem: a alteração da “forma de prestação do serviço [...] somente se justifica se necessária ao atendimento do interesse público”, sendo certo, ainda, que “o objeto não pode ser, nem restrito, nem ampliado, nem alterado” — “por exemplo, [a Anatel] não pode simplesmente mudar o objeto da concessão (passar, por exemplo, de STFC para móvel)”.

Eis a razão pela qual entendemos que somente “serviços acessórios” podem ser incluídos ou excluídos das concessões do serviço público ferroviário, mas, não, “serviços principais”, sob pena de violação do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta (CRFB/88, art. 5.º; e 175). Exemplo: por ocasião da prorrogação por interesse público, o serviço de transporte ferroviário (serviço principal) não pode ser incluído em uma concessão do serviço público ferroviário cujo objeto original seja, apenas, a administração da infraestrutura ferroviária, mas os serviços de condução, manobra, pesagem, abastecimento e de reparo de veículos ferroviários de terceiros (serviços acessórios) podem sê-lo.

### 3.11 Solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 30, que a prorrogação das concessões do serviço público ferroviário pode ser condicionada à solução de conflitos administrativos setoriais entre “a União e os entes da Administração Pública federal indireta”, de um lado, e os “concessionários e subconcessionários”, de outro lado, inclusive mediante a compensação de “haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas”, podendo ser convertidos eventuais “créditos” do Poder Concedente em obrigação de “investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da Administração Pública”.

### 3.12 Quaisquer outras condições propostas pelo Poder Concedente por ocasião da prorrogação

Algumas leis estabelecem, por fim, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com quaisquer outras condições propostas pelo Poder Concedente por ocasião da decisão do pedido de prorrogação (cláusula geral), tendo em vista as circunstâncias existentes à época.

É o caso, por exemplo, da Lei 9.472/97, a qual prevê, em seu art. 99, § 1.º, que a Anatel poderá propor, a seu “critério”, quaisquer “novos condicionamentos” para a prorrogação do prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações, “tendo em vista as condições vigentes à época”.

Analisando, especificamente, a regra jurídica supracitada, Márcio Iorio Aranha<sup>39</sup> ensina que o trecho “poderá, a critério da Agência, incluir novos condicionamentos, tendo em vista as condições vigentes à época” “[é] uma determinação de atuação regulatória para atualização dos condicionamentos à conjuntura

<sup>38</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004. p. 224.

<sup>39</sup> ARANHA, Márcio Iorio. Renovação dos contratos de concessão da telefonia fixa no Brasil. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 225-238, jan./jun. 2006. passim.

presente quando da prorrogação dos contratos”. E acrescenta: os “limites” ao exercício dessa competência administrativa são: (i) a “pertinência entre os condicionamentos e as circunstâncias que os justificaram”; (ii) a “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro” dos contratos de concessão, se houver “comprovação de efetivo desequilíbrio” decorrente dos novos condicionamentos; e (iii) a “preservação da simetria competitiva entre prestadores” (“simetria” ou “assimetria regulatória”, conforme o caso), necessária para garantir a viabilidade econômica de serviço de telecomunicação prestado em regime público, quando esse mesmo serviço for explorado, simultaneamente, nos regimes público e privado. Por fim, o autor dá como exemplo de novo condicionamento passível de ser proposto pela Anatel, a definição de “novas metas para universalização” do serviço público.

## 4 Considerações finais

Ao fim deste artigo, expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) em nível constitucional, o fundamento do instituto da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- (ii) a prorrogação das concessões de serviço público — isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência — pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;
- (iii) prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação vis-à-vis as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade; e
- (iv) dado o amplo poder discricionário conferido pela CRFB/88, art. 175, par. ún., I, ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria, as condições para a prorrogação por interesse público podem ser as mais variadas; por exemplo: (a) o pagamento pela prorrogação da outorga; (b) a redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (c) a realização de novos investimentos na concessão; (d) a adequação do contrato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor; (e) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; (f) a adoção das melhores práticas regulatórias no contrato de concessão; (g) a extinção do caráter de exclusividade da concessão; (h) a reorganização das áreas de concessão; (i) a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários; (j) a incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão; (k) a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais; etc.

## Referências

AGUADO, Samuel Tejado. El nuevo modelo ferroviario español: la competencia en el transporte ferroviario de pasajeros. In: PASTOR, Juan Alfonso Santamaría et. al. (dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. Madrid: Iustel, 2011. p. 253-337.

ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 4. p. 19-77.

ARANHA, Márcio Iorio. Renovação dos contratos de concessão da telefonia fixa no Brasil. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 225-238, jan./jun. 2006.

BARCELOS, Marco Aurélio; FREITAS, Tarcísio Gomes de. A lógica dos investimentos cruzados nas ferrovias do Brasil. *Serviço de Notícias Agência Infra*, Brasília, 28 ago. 2018. Disponível em: <http://www.agencia-infra.com/blog/infradebate-a-logica-dos-investimentos-cruzados-nas-ferrovias-do-brasil/>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação: verdades, meias verdades e pontos para reflexão. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: Aneel, 2010. p. 139-174.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF*. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mario Guimarães. Brasília, 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.220/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, 2 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f). Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.253/15*. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência

Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e). Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Acórdão TCU nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 6 de abril de 2016. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910). Acesso em: 2 ago. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6. p. 339-353.

COLSON, Clément. *Cours d'economie politique: les travaux publics et les transports*. 2. ed. Paris: Gauthier-Villars, 1910. v. 6.

DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1977. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. v. 3.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. reimp. Torino: G. Giappichelli, 2000.

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

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Montevideu: [s.n.], 1974. v. 1.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. v. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. [Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF]. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Ato impugnado: Lei 13.448/17, art. 6.º, § 2.º, II; 25, §§ 1.º e 3.º a 5.º; e 30, § 2.º. Data do protocolo: 13 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747937195&prcID=5522428#>. Acesso em: 7 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. [Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malba Paulista]. Órgão Julgador: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Augusto Nardes. Unidades jurisdicionadas: Ministério da Infraestrutura e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Procurador: Júlio Marcelo de Oliveira. Data: 7 de julho de 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, maio 2019. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/24506/21699>. Acesso em: 21 jun. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. Madrid: Montecorvo, 1988.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965.

WALD, Arnaldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v. 3. cap. 14.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Pacto federativo e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: o incremento da violência e da seletividade punitivas**

**Federative pact and federal intervention in Rio de Janeiro public security: the increase of punitive violence and selectivity**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Emanuele Dallabrida Mori

# Pacto federativo e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: o incremento da violência e da seletividade punitivas\*

## Federative pact and federal intervention in Rio de Janeiro public security: the increase of punitive violence and selectivity

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth\*\*

Emanuele Dallabrida Mori\*\*\*

### Resumo

O presente artigo estuda o Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, que instituiu a intervenção federal na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, sob a perspectiva da seletividade do direito penal. Busca responder ao seguinte questionamento: em que medida a intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro evidencia um mecanismo punitivista de gestão da pobreza nas periferias fluminenses, reforçando o caráter seletivo da atuação do sistema penal brasileiro? O objetivo geral é investigar o contexto no qual se deu a edição do Decreto, analisando a atuação dos órgãos encarregados pela intervenção federal e pela segurança pública. Faz-se uma análise constitucional do Decreto a partir de um estudo das bases do Estado Federal, e, por fim, analisam-se práticas atuais empreendidas nas áreas segregadas a fim de verificar se a intervenção seletiva é, nesses locais, regra ou exceção. A pesquisa revela uma operacionalidade do sistema repressivo e das práticas de governo que tende, historicamente, a dirigir às áreas pobres, habitadas por um grupo específico de pessoas, uma intervenção altamente truculenta e seletiva. Utiliza-se, no presente estudo, o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa do tipo exploratória. Nesse intento, são adotados procedimentos tais como seleção de bibliografia e documentos afins à temática.

**Palavras-chave:** Intervenção Federal. Segregação urbana. Criminologia Crítica. Seletividade penal.

### Abstract

The current research studies Decree 9.288, of February 16, 2018, that implemented federal intervention in public security of the State of Rio de Janeiro, under the criminal law selectivity perspective. It aims to answer the following question: to what extent does the federal intervention in public security of the State of Rio de Janeiro make evident a punitivist mechanism of poverty management in the favelas fluminenses, increasing the selective

\* Recebido em 11/06/2019  
Aprovado em 19/09/2019

\*\* Doutor em Direito Público (UNISINOS); Professor dos Cursos de Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS; Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos Humanos da UNIJUÍ; Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). E-mail: madwermuth@gmail.com

\*\*\* Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: emanueledmori@gmail.com

feature of the Brazilian criminal system? The general objective that guides this research is to investigate the context in which the intervention was decreed, analyzing the performance of the agencies responsible for the federal intervention and the public security. The paper does a constitutional analysis of the Decree based on the study of the basis of the federal state. Finally, it analyses current practices carried out in segregated areas in order to check if the selective intervention is, in such places, the rule or the exception. The research reveals an operability of the repressive system and the government practices that tends, historically, to direct to the poor areas, inhabited by a specific group of people, a highly truculent and selective intervention. In the present study, the hypothetical-deductive approach method is used in an exploratory research. To this end, procedures such as selection of bibliography and related documents are adopted.

**Keywords:** Federal intervention. Urban segregation. Criminal law selectivity.

É muito fácil falar de coisas tão belas  
De frente pro mar mas de costas pra favela.

Zerovinteum – Planet Hemp

## 1 Introdução

O presente artigo estuda o Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, que instituiu a intervenção federal no âmbito da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro. Seu desafio consiste em analisar tal Decreto não apenas em seu aspecto constitucional, como também investigar que práticas, mecanismos e discursos encontram-se subjacentes à tomada da medida.

O problema de pesquisa, que orienta o presente trabalho e demarca os vieses que se busca estudar, pode ser, assim, formulado: em que medida a intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, determinada por meio do Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, evidencia um mecanismo punitivista de gestão da pobreza nas periferias fluminenses, reforçando o caráter seletivo da atuação do sistema penal brasileiro?

Para empreender esse projeto, tem-se, como objetivo geral, investigar o contexto no qual se deu a edição do Decreto referido, analisando a atuação dos órgãos encarregados pela intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. Da variedade de caminhos revelados a partir dessa escolha, elegem-se, como objetivos específicos: a) compreender, dogmaticamente, o instituto da intervenção federal e seus pressupostos; b) analisar a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro a partir do viés da seletividade com que dita intervenção se realizou nas periferias fluminenses.

Na construção do texto, serão analisados, inicialmente, os pressupostos constitucionais para a decretação de uma intervenção federal, o que conduz para um breve estudo acerca do federalismo e do modo como está estruturado o Estado Federal brasileiro na Constituição Federal de 1988. Na sequência, serão exploradas situações e práticas atuais empreendidas no contexto da intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro nas áreas segregadas, a fim de verificar se a intervenção seletiva é, nesses locais, regra ou exceção.

Na história recente do constitucionalismo brasileiro, especificamente a partir da Constituição Federal de 1988, esta é a primeira ocasião em que uma intervenção federal é decretada, embora tenha sido, especialmente nas primeiras décadas da República, descomedidamente utilizada<sup>1</sup>. Isso porque, conforme se verá a seguir, a intervenção federal trata-se de uma medida excepcional, que mitiga momentaneamente um dos

<sup>1</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

pressupostos do Estado federal, e, portanto, apenas em estrito respeito aos pressupostos constitucionais é que pode ser decretada.

O desafio proposto neste artigo é o de ultrapassar o âmbito do estudo dos pressupostos constitucionais da intervenção federal, voltando o olhar para as práticas veladas e para os discursos não declarados que permeiam a tomada da medida. Assim, no segundo tópico deste estudo, serão analisados os impactos práticos da intervenção, especialmente nas favelas fluminenses, sendo postos em perspectiva alguns estudos que revelam uma prática atual de intervenção diferenciada nesses locais.

Utiliza-se, no presente estudo, o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa do tipo exploratória. Nesse intento, são adotados procedimentos tais como seleção de bibliografia e documentos afins à temática, interdisciplinares, capazes e suficientes para que se construa um referencial teórico coerente sobre o tema, responda o problema proposto, corrobore ou refute as hipóteses levantadas e atinja os objetivos propostos na pesquisa, leitura e fichamento do material selecionado, reflexão crítica acerca desse material, e, por fim, exposição dos resultados obtidos.

## **2 O Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: leitura constitucional**

Para o adequado estudo do instituto da intervenção federal, é fundamental analisar, primeiramente, no âmbito da organização do Estado, as características e peculiaridades da forma federativa de Estado, na medida em que se trata de uma previsão especificamente voltada à manutenção do Estado federal. Assim, dedica-se o presente título à elucidação desses conceitos, bem como à análise, em concreto, do Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018.

De acordo com José Afonso da Silva<sup>2</sup>, a forma de Estado refere-se ao “modo de exercício do poder político em função do território”. A origem do federalismo remonta ao constitucionalismo e pensamento político norte-americanos, quando da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, tendo representado “uma novidade no âmbito das assim chamadas formas de Estado e suas tipologias”<sup>3</sup>.

Assim o é, pois apresentou características distintas das formas de Estado, então, mais empregadas: o Estado unitário, caracterizado por possuir um centro de poder que se estendia por todo o território, e a Confederação ou União de Estados, formas compostas, que consistiam na união de Estados mediante pactos regidos pelo direito internacional público, os quais permaneciam, contudo, soberanos e independentes<sup>4</sup>.

Raul Machado Horta<sup>5</sup> aponta que, atualmente, a Confederação é uma referência histórica, “pois já encerrou sua trajetória no domínio da organização de Estados, após as experiências relevantes da Confederação Germânica, da Confederação Suíça e da Confederação Norte-Americana”. Por outro lado, o autor também ensina que o Estado Unitário vem passando por um processo de renovação estrutural, ampliando seu grau de descentralização e dando lugar ao chamado Estado Regional.

Silva<sup>6</sup> explica que o cerne do Estado federal consiste na repartição regional de poderes autônomos, sendo que a sua estrutura e regras devem ser traçados na Constituição Federal. O Estado Federal, conforme

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 98.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 969.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>5</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 345.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Horta<sup>7</sup>, “pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal, para instituí-lo”. Dentre as razões apontadas para a adoção da forma de federativa de Estado, destaca-se a questão geográfica do país e a formação cultural da comunidade. Um vasto território, como é o caso do Brasil, costuma apresentar grande diversidade cultural e paisagística. Assim, o federalismo apresenta-se como uma fórmula que dá ao governo a possibilidade de realizar anseios nacionais, atentando, ao mesmo tempo, às peculiaridades locais<sup>8</sup>.

Embora assumam traços distintos em cada Estado em que é adotado, conforme a formatação em concreto que a ele é dada, podem-se identificar determinados elementos comuns, caracterizadores do Estado federal, conforme se verá a seguir. Nesse intento, também se analisará como a Constituição Federal de 1988 tratou das matérias, a fim de se verificar como se organiza o Estado federal brasileiro.

O primeiro elemento, que, conforme Silva<sup>9</sup>, configura o cerne do conceito, é a repartição de competências entre a União e os Estados-membros, o que “condiciona a fisionomia do Estado Federal, para determinar os graus de centralização e de descentralização do poder federal”<sup>10</sup>. No Brasil, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 1º, que República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Da mesma forma, em seu artigo 18, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de modo que a repartição das competências é feita entre esses entes. Tem-se, pois, sobre uma mesma população, mais de uma esfera governamental, que, em geral, é composta pela da União e de cada Estado-membro, mas que, no Brasil, é formada, ainda, pela esfera governamental dos Municípios.

Nesse contexto,

a *União* é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os *Estados-membros* são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno<sup>11</sup>.

Quanto aos Municípios, Silva<sup>12</sup> critica a sua inclusão como entes da federação, uma vez que entende que não são essenciais ao conceito de entidade federativa, diferentemente dos Estados. Conforme o autor, o fato de uma entidade territorial ter autonomia político-constitucional não necessariamente constitui motivo para ser considerada entidade federativa. Os Municípios, nesse sentido, não são essenciais ao conceito de federação brasileira, eis que são divisões político-administrativas dos Estados e não da União.

De acordo com Enrique Ricardo Lewandowski<sup>13</sup>, a federação brasileira é *sui generis*, por contemplar um terceiro nível político-administrativo, qual seja, o dos Municípios. O autor explica, contudo, a razão desse arranjo em termos históricos: ocorre que, desde os seus primórdios, as comunas brasileiras sempre dispuseram de considerável autonomia, especialmente em virtude das distâncias que as separavam dos centros de decisão. Assim, o Estado Federal brasileiro, implantado, pela primeira vez, com a proclamação da República, em 1889, contou, desde o princípio, com um terceiro nível político-administrativo, de modo que os Municípios sempre assumiram grandes responsabilidades. Portanto, contemplados como entidade participante da Federação, a eles foi atribuído um conjunto de competências, e, inclusive, rendas próprias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>14</sup> explica que a repartição de competências pode se dar por duas técnicas principais: a horizontal ou a vertical. Na primeira, ocorre a reserva de matérias à União ou aos Estados,

<sup>7</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 346.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>10</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 348.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 100.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>13</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53.

sendo que o titular terá competência exclusiva para tratar do assunto. Já na repartição vertical, a competência é concorrente, ou seja, “a mesma matéria é deixada ao alcance de um (União) ou de outro (Estados – Distrito Federal)”<sup>15</sup>, é à União cabe, apenas, estabelecer as normas gerais.

Conforme ensina Dirley da Cunha Júnior<sup>16</sup>, a repartição de competências, estipulada na Constituição de 1988, visa atingir um federalismo de equilíbrio entre as entidades integrantes da Federação, buscando eliminar problemas de concentração de poderes na União, fato verificado durante toda a República. Para tanto, observou-se o Princípio Geral da Predominância de Interesses, segundo o qual, à União, cabem as matérias de interesse geral; aos Estados, as de interesse regional; e, aos Municípios, os assuntos de interesse local.

Estabeleceu-se, pois, conforme Silva<sup>17</sup>, um sistema complexo de partilha de competência, no qual existe a “*enumeração dos poderes da União* (arts. 21 e 22), com *poderes remanescentes* para os Estados (art. 25, §1º) e *poderes definidos indicativamente para os Municípios* (art. 30)”. Ademais, verifica-se a possibilidade de delegação de competências privativas da União (artigo 22, parágrafo único), matérias de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23), e outras de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, previstas no artigo 24, o qual preconiza, em seu parágrafo primeiro, que a competência da União é de estabelecer normas gerais. Assim, aos Estados e Distrito Federal cabe complementar tais normas, adaptando-as às peculiaridades locais, conforme previsão do parágrafo segundo do mesmo artigo.

Conforme se verificou, o Estado federal é formado por entes federados, os quais são dotados de autonomia. Tal autonomia não se confunde com soberania, da qual é titular apenas o Estado federal, que, “como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada *poder supremo consistente na autodeterminação*”<sup>18</sup>. Tem-se, então, o segundo elemento caracterizador do Estado federal: cada ente federado possui sua própria autonomia, que, conforme ensina Silva<sup>19</sup> trata-se da prerrogativa de exercer “*governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*”.

Na prática, a autonomia se concretiza por meio das prerrogativas da auto-organização, autogoverno e autoadministração. Cunha Júnior<sup>20</sup> e Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>21</sup> explicam que, pela auto-organização, os Estados exercem, por meio de suas Assembleias Legislativas, o poder constituinte decorrente, promulgando suas próprias Constituições Estaduais, e, ainda, adotando legislação própria, conforme preveem os artigos 25, da Constituição Federal, e 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Já nos Municípios, essa prerrogativa se manifesta nas Leis Orgânicas e também pela legislação própria, de acordo com o que dispõe o artigo 29, da Constituição Federal.

A capacidade de autogoverno permite que os Estados elejam os membros para os Poderes Executivo e Legislativo, e, ainda, organizem a sua Justiça, “inclusive para a instituição de um sistema de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual”<sup>22</sup>. Os Municípios, por sua vez, têm Poder Executivo e Legislativo, mas não possuem, contudo, Poder Judiciário próprio, tampouco representação no Senado Federal, como é o caso dos Estados-membros e do Distrito Federal. Por fim, a autoadministração consiste na capacidade de cada ente possuir sua própria organização da Administração Pública e organizar seus servidores e serviços públicos<sup>23</sup>.

Constitui, também, elemento essencial ao conceito de Estado Federal a integração dos Estados-membros na formação vontade federal. Tal ocorre “quando são admitidos a apresentar emendas à Constituição

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53.

<sup>16</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 477.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 100.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 100.

<sup>20</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

<sup>21</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

<sup>22</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 830.

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

Federal”<sup>24</sup>, e, ainda, especialmente, por meio do Senado Federal. Esse “composto por meio de representação paritária dos Estados-membros, serve, também, de contrapeso para o prestígio dos Estados mais populosos na Câmara dos Deputados”<sup>25</sup>. Na visão de André Ramos Tavares<sup>26</sup>, contudo, atualmente há um esvaziamento dessa função:

para que essa participação ocorresse, seria imprescindível garantir a proximidade entre o senador e o respectivo governador. Na prática, não há tal preocupação, chegando o sistema a permitir que o representante do Estado no Congresso Nacional e o governador sejam de partidos diferentes e até de oposição. [...] Evidentemente que esse “esquecimento” gera, ipso facto, o incremento dos poderes federais, já que não há agentes que possam atuar na limitação desses poderes em benefício das demais unidades da federação.

Tendo em vista a necessidade de, a um só tempo, prestigiar os interesses regionais e garantir a unidade do Estado federal como um todo, surge a necessidade da existência de um Supremo Tribunal e de um Poder Judiciário Federal, capazes de “interpretar e proteger a Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos entre União, os Estados, outras pessoas jurídicas de direito interno, e as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal”<sup>27</sup>.

A existência de uma Corte Suprema mostra-se especialmente importante, na resolução de conflitos entre os Estados-membros ou entre esses e a União, quando se observa que outra das características essenciais do Estado Federal é a inexistência do direito de secessão. Ou seja, o vínculo federativo é indissolúvel, de forma que não é dada a qualquer dos Estados-membros a faculdade de retirar-se da Federação para formar um novo Estado soberano. Tal ordem está prevista no artigo 1º, da Constituição Federal, e, conforme ensina Silva<sup>28</sup>, integra o conceito de federação de tal forma que sequer precisaria constar expressamente da carta constitucional. Os Estados-membros podem, apenas, nos termos do parágrafo 3º do artigo 18 da Constituição Federal, incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou, ainda, formar novos Estados ou Territórios Federais. Para tanto, dependem da autorização da população diretamente interessada, além da aprovação do Congresso Nacional, por meio de lei complementar.

Proteger a indissolubilidade do vínculo federativo é uma das funções do instituto da intervenção federal, eis que, conforme Tavares<sup>29</sup>, “é certo que algum dos entes federativos pode rebelar-se e, desatendendo o comando constitucional, invocar a si o direito de secessão”. A intervenção federal, nesse sentido, é também um dos elementos do Estado federal, pela qual ocorre o afastamento momentâneo da autonomia do ente federativo, agindo, nesse período, a União ou o Estado, conforme se trate de intervenção em Estado-membro ou em Município.

Na expressão de Mazzei, Silveira e Pazeto<sup>30</sup>, “a intervenção é instrumento político de uso excepcional”, cujo objetivo é fazer “cessar situações que em virtude de sua gravidade afetam diretamente o princípio federativo”. Nesse sentido, “a suspensão da autonomia de um Estado membro ou do Distrito Federal decorrente da intervenção federal” é realizada “com o escopo de restabelecer o equilíbrio federativo.” Trata-se, pois, de “uma medida extrema, cuja utilização excepcional não prescinde da presença dos pressupostos estabelecidos na Constituição Federal.”

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 851.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 850.

<sup>26</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1107.

<sup>27</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 348.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>29</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1106.

<sup>30</sup> MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SILVEIRA, Sebastião Sérgio; PAZETO, Henrique Parisi. Representação interventiva, jurisdição constitucional e conflito federativo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 186-189, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2675/pdf>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 187.

Trata-se, cabe destacar, de uma medida excepcional, conforme expressamente previsto no caput do artigo 34 da Constituição Federal. Conforme ensina Lewandowski<sup>31</sup>, o instituto passou por importantes modificações no nível constitucional, “de maneira a compatibilizar a autonomia dos entes federados com a necessidade de preservar a estabilidade do sistema, segundo regras de convivência democrática”. Isso se mostrou necessário em razão de que, no decorrer da história republicana, a intervenção foi utilizada, muitas vezes, de forma abusiva, como instrumento de pressão do governo central sobre lideranças políticas locais.

A Constituição Federal, nos artigos 34 e 35, consagra dois tipos de intervenção: a que é realizada nos Estados e no Distrito Federal, e a que é realizada nos Municípios. Nesse último caso, as hipóteses estão previstas no citado artigo 35, sendo que a intervenção é realizada por decreto do Governador do Estado, ou do Presidente da República, se se tratar de intervenção em Município de Território Federal, eis que, nesse caso, a competência é da União<sup>32</sup>. Dada a importância do tema para o presente trabalho, passa-se, a seguir, a analisar os pressupostos da intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, a fim de viabilizar o estudo do Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, em seus aspectos concretos.

Silva<sup>33</sup> elenca as hipóteses trazidas nos incisos do artigo 34 da Constituição Federal como os pressupostos de fundo da intervenção federal nos Estados. Segundo o autor<sup>34</sup>, são eles “situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional”, conforme se verá a seguir.

Assim, tem-se, nos incisos I (manter a integridade nacional) e II, primeira parte (repelir invasão estrangeira), a finalidade de defesa do Estado. No primeiro caso, visa-se garantir a indissolubilidade do vínculo federativo, relacionado à inexistência do direito de secessão, e, também, impedir possíveis entendimentos dos entes federativos diretamente com outros países de forma que possam atentar contra a coesão do país. Cita-se, por exemplo, a autorização, por parte de um Estado-membro, para a entrada de forças estrangeiras em seu território, sem a autorização do Congresso Nacional. O segundo caso, por sua vez, justifica-se na medida em que é interesse da União, agindo em nome do conjunto dos estados federados, a defesa do território nacional. Um ente federativo não teria condições de, por si só, repelir tal agressão<sup>35-36</sup>.

A segunda finalidade apontada por Silva<sup>37</sup> é a defesa do princípio federativo, que autoriza a intervenção federal para: repelir invasão de uma unidade da Federação em outra (inciso II, segunda parte); pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (inciso III); e garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (inciso IV).

A primeira hipótese (inciso II, segunda parte) visa impedir que uma unidade da Federação imponha sua vontade à outra ou até mesmo obtenha ganhos territoriais em relação àquela. Quanto ao inciso III, é importante destacar que deve ser, de fato, grave o comprometimento da ordem, pois, “medida extrema que é, posto que fere a autonomia constitucionalmente assegurada aos entes federados, ela somente se justifica caso não possa a desordem ser debelada pelas autoridades locais ou se estas, por qualquer razão, não queiram fazê-lo”<sup>38</sup>. A hipótese constante do inciso IV é verificada quando qualquer dos Poderes restar impedido de exercer suas funções, ou, ainda, coagido de forma indevida. Como exemplo, cita-se o caso de o Legislativo se ver impedido de reunir-se livremente, o Executivo ver-se coagido por não haver sido transferido o poder

<sup>31</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 9.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 483.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>36</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>38</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 93.

ao substituto em caso de renúncia ou afastamento, o Judiciário encontrar-se impedido de funcionar etc<sup>39</sup>.

A terceira finalidade, conforme Silva<sup>40</sup>, é a defesa das finanças estaduais, quando a Constituição autoriza a intervenção federal para reorganizar as finanças da unidade da Federação que, conforme as alíneas do inciso V da Constituição Federal suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior, ou deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nessa Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei. Nesses casos, conforme explica Lewandowski<sup>41</sup>, justifica-se a intervenção na medida em que a desorganização da vida financeira de uma unidade da Federação é capaz de afetar, direta ou indiretamente, as demais, e, inclusive, colocar em risco a paz e a tranquilidade do país como um todo.

A quarta finalidade, por fim, é a defesa da ordem constitucional, quando autorizada a intervenção, nos termos do inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais que elenca. São eles: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde<sup>42</sup>.

Conforme assinala Lewandowski<sup>43</sup>, a “competência para decretar a intervenção é sempre do Presidente da República”, porém ela pode ser discricionária ou vinculada. Assim, nos incisos I, II, III e V, há aquelas hipóteses em que ela é decidida pelo Presidente da República em caráter discricionário. Sua inércia, nessas situações, pode acarretar até mesmo crime de responsabilidade. O objetivo é fazer face a situações emergenciais.

Em tais casos em que a decretação é ato discricionário, embora o decreto deva passar pelo crivo do Parlamento, conforme se verá, “o ato de intervenção não depende de aprovação para que tenha eficácia, produzindo efeitos desde a sua edição”<sup>44</sup>. O Presidente deve, contudo, ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, conforme previsto na Constituição Federal, nos artigos 90, inciso I e 91, parágrafo 1º, inciso II, respectivamente, não ficando, contudo, obrigado ao parecer que lhe for apresentado<sup>45</sup>.

Quanto aos demais casos autorizadores da intervenção, o artigo 36 da Constituição Federal prevê os requisitos para a sua decretação, a qual, portanto, será vinculada ao texto legal. Assim, de acordo com o que dispõe o inciso I do artigo anteriormente citado, no caso de algum dos Poderes encontrar-se impedido (inciso IV do artigo 34), será necessária solicitação do Poder Executivo ou Legislativo que estiver em tal situação, ou, ainda, de requisição do Supremo Tribunal Federal, caso o Poder impedido seja o Judiciário.

Por sua vez, no caso de haver desobediência à ordem ou decisão judicial (inciso VI do artigo 34), será necessária requisição do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior Eleitoral, a depender da matéria objeto da questão. Se a intervenção, contudo, mostrar-se necessária para garantir a observância dos princípios constitucionais elencados nas alíneas do inciso VII do artigo 34, ou, ainda, para prover a execução de lei federal (inciso VI do artigo 34), dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, conforme previsão do artigo 36, inciso III,

<sup>39</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>41</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>43</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 122.

<sup>44</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 132.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

todos da Constituição Federal. O caso do inciso VII caracteriza a chamada ação direta de inconstitucionalidade interventiva<sup>46</sup>.

Cabe destacar, contudo, que, mesmo nos casos em que o Presidente da República é autorizado a decretar a intervenção federal em caráter discricionário, não significa dizer que o decreto não deva passar pelo crivo do Poder Legislativo. Conforme prevê o artigo 36, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, o decreto deverá ser submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas. É o momento em que o Poder Legislativo executará sua competência exclusiva de aprovar ou suspender a intervenção, conforme previsto no artigo 49, inciso IV, da Constituição Federal. Caso o Legislativo entenda que a intervenção deva ser suspensa, deverá ela cessar imediatamente, pois passará a ser ato inconstitucional<sup>47-48</sup>.

Quanto ao controle jurisdicional do ato, Silva<sup>49</sup> explica que somente pode ocorrer caso haja manifesto descumprimento das normas constitucionais, como, por exemplo, quando a intervenção depender de solicitação ou requisição, ou, ainda, se o Congresso Nacional houver suspenso a intervenção e ela não tenha, de fato, cessado. Não obstante, Lewandowski<sup>50</sup> entende que não se deve desconsiderar o princípio constitucional da universalidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação judicial.

Característica de extrema importância no decreto de intervenção federal é que ele deverá explicar a amplitude, o prazo e as condições de execução, e, ainda, se necessário, nomear o interventor, conforme prevê o artigo 36, parágrafo 1º, da Constituição. A amplitude refere-se tanto ao Poder sobre o qual incidirá a intervenção, quanto a qual unidade da federação ela se dará. Quanto ao prazo, poderá consistir em uma data certa de término, ou, ainda, quais as condições deverão se implementar para que cesse a intervenção. As condições, por sua vez, referem-se aos meios que serão adotados para a consecução da medida. Todos os requisitos deverão estar solidamente fundamentados, tendo em vista a natureza excepcional da medida<sup>51</sup>.

A intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro originou-se do Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, e teve como objetivo pôr termo a grave comprometimento da ordem pública naquele Estado, conforme seu artigo 1º, parágrafo 2º. Tratou-se, portanto, de intervenção cuja decisão é discricionária do Presidente da República, conforme se verificou e dispõe o inciso III do artigo 34 da Constituição Federal. O Decreto foi submetido, no mesmo dia, à apreciação do Congresso Nacional, conforme é possível verificar em consulta ao site da Câmara dos Deputados. A aprovação ocorreu no dia 20 de fevereiro de 2018, por meio do Decreto Legislativo nº 10, de 2018.

A amplitude da intervenção foi explicitada no parágrafo 1º do artigo 1º, segundo o qual a intervenção se limitaria à área de segurança pública, sendo que o prazo foi estabelecido até o dia 31 de dezembro de 2018. O Decreto, ainda, nomeou interventor, explicitando que seu cargo seria de natureza militar (artigo 2º, parágrafo único) e que suas atribuições seriam aquelas que competiriam ao Governador do Estado, limitadas às ações de segurança pública (artigo 3º).

Quanto às condições de exercício, facultou ao interventor a requisição, ao Estado do Rio de Janeiro, de recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos, bem como, a órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para a concretização do objetivo visado com a intervenção (artigo 3º, parágrafos 2º e 3º). Ademais, outorgou ao interventor, nas ações que determinasse, a possibilidade

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>47</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>50</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>51</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

de requisitar bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, à sua Secretaria de Administração Penitenciária e também do Corpo de Bombeiros Militar (artigo 4º).

Analisando-se o Decreto que instituiu a intervenção federal em confronto com as normas estabelecidas pela Constituição Federal, é possível sugerir que houve, em tese, o cumprimento dos pressupostos formais para que a medida fosse levada a cabo. Contudo, cabe lembrar que tal não é a finalidade precípua deste estudo. Quer-se, para além de fazer uma análise objetiva, investigar quais as práticas, os discursos e as relações de poder implicadas nessa decisão e, ademais, quais razões encontram-se submersas na adoção de tão severa medida, fundamentada na necessidade de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública.

Nunca é demais lembrar, como o faz Luiz Eduardo Soares<sup>52</sup>, que “o cumprimento do pacto constitucional é dever dos agentes políticos que admitem participar do jogo dos poderes constituídos, mas é também, e sobretudo, do interesse histórico das classes e dos grupos subalternos.” Desse modo, “para os agentes políticos que pretendem representar essas classes e grupos, é um imperativo — tanto ético como pragmático — zelar pelo cumprimento desse pacto, o que implica zelar pelo respeito à legalidade vigente.”

Parece, no entanto, que, no caso da intervenção federal no Rio de Janeiro, esses pressupostos foram constantemente tensionados. É com esse tema que se ocupa a segunda parte deste artigo.

### 3 Regra ou exceção: a intervenção federal do Rio de Janeiro como manifestação da naturalização da seletividade punitiva

Ao se analisar, em uma perspectiva histórica, as práticas adotadas em relação às favelas e periferias no Rio de Janeiro, no que tange à atuação policial, desde a incipiente República, é possível observar que a população que habitava os cortiços, e, posteriormente, as favelas, recebeu uma série de intervenções, invasivas em seus direitos, que jamais foram observadas em relação aos habitantes da “cidade formal”<sup>53,54,55,56</sup>. Estudos recentes — a exemplo dos que serão aqui abordados —, contudo, demonstram que tais práticas não ficaram restritas ao passado, e, inclusive, têm se acentuado e até mesmo se aprimorado, assim como as práticas penais repressivas. Nesse sentido, o presente tópico dedica-se a analisar tanto as práticas recentes de remoção de populações, como o incremento da militarização urbana, paralelamente aos resultados atingidos com a intervenção federal ocorrida no Estado do Rio de Janeiro.

Na esteira do habitar a cidade, embora os discursos tenham se alterado em relação àqueles perpetrados no início do século passado, observa-se que as práticas empregadas em relação às áreas pobres são, mesmo que objetivando o contrário, segregacionistas. Conforme explica Taísa de Oliveira Amendola Sanches<sup>57</sup>, a partir dos anos 1990 a percepção sobre as favelas passou a ser de um lugar de violência, o que culminou,

<sup>52</sup> SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública. *Estudos avançados*, v. 17, n. 47, p. 75-96, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n47/a05v1747.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019. p. 83.

<sup>53</sup> VAZ, Lilian Fessler. Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos: a modernização da moradia no Rio de Janeiro. *Análise Social*, Lisboa, v. 29, n. 127, p. 581-597, 1994. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223377187I6iYL2uw3Xe43QN7.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>54</sup> NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. *Tempo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 106-134, 1997. Disponível em: [http://www.historia.uff.br/tempo/artigos\\_dossie/artg3-5.pdf](http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg3-5.pdf). Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>55</sup> BENCHIMOL, Jaime Larry. *Pereira Passos*: um Haussmann tropical: a renovação urbana da cidade do Rio de Janeiro no início do século XX. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Turismo e Esportes, 1992.

<sup>56</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem branco, nem preto, muito pelo contrário*: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

<sup>57</sup> SANCHES, Taísa de Oliveira Amendola. *Cidade, segregação urbana e política habitacional no Rio de Janeiro*: o caso do Bairro Carioca. 2016. 108 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF\\_CIS\\_1463750924\\_Ta%C3%ADsa\\_sanches\\_2016\\_Completo.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF_CIS_1463750924_Ta%C3%ADsa_sanches_2016_Completo.pdf). Acesso em: 17 maio 2019.

a partir dos anos 2000, com os processos de instauração das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs). Tal acontecimento teve como consequência que o foco das remoções que se prendia fazer fosse momentaneamente redirecionado a outro aspecto.

Após a instauração do Programa Minha Casa Minha Vida, ocorrido em 2009, contudo, o governo do Estado do Rio de Janeiro passou a promover uma nova onda de remoções<sup>58</sup>. A partir desse mesmo período, aproximadamente, a previsão de realização de megaeventos esportivos no Rio de Janeiro, tais como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, trouxe à tona novos debates (que, em relação ao conteúdo, já são “antigos debates”) acerca do direito à moradia e a violações de direitos dos habitantes de determinadas áreas da cidade.

Desde a candidatura do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas de 2016, previu-se a remoção de 3.500 famílias, conforme demonstrado por Clarissa Pires de Almeida Naback<sup>59</sup>. Em dissertação intitulada “Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência da Vila Autódromo”, a referida autora descreve a experiência vivenciada pelos moradores da Vila Autódromo quando da remoção de parte da comunidade sob o argumento da construção do Parque Olímpico. Nesse local específico, embora tenha ocorrido a legitimação da ocupação por meio da entrega de títulos de concessão real de uso, a utilização de diferentes estratégias por parte da Prefeitura na tentativa de convencer os moradores a aceitarem as opções oferecidas para que se mudassem para outros locais, resultou em uma constante situação de incerteza dos moradores quanto à sua situação. E, nesse contexto, acontecimentos que, poderiam parecer insignificantes tiveram o condão de impactar diretamente na vida daquelas famílias: alguns moradores deixaram de investir em suas casas, em razão da incerteza, deixando de promover, pois uma melhora nas suas condições de moradia; a mudança de muitas famílias acabou por acarretar uma sensação aumento da insegurança, bem como a quebra das relações de vizinhança; as demolições realizadas nos espaços onde antes residiam as famílias que aceitaram a remoção acarretaram o acúmulo de entulhos e a descaracterização do ambiente, etc.

No Dossiê “Megaeventos e Violações dos Direitos Humanos no Rio de Janeiro”, realizado pelo Comitê Popular da Copa e das Olimpíadas do Rio de Janeiro, aponta-se que, entre os anos de 2009 e 2015, foram removidas cerca de 77.206 pessoas. O documento denuncia um processo de violação de direitos em que, a partir da valorização imobiliária de determinadas áreas, programadas para receber grandes investimentos e vistas como grandes fontes lucrativas para empreendimentos de classe média e alta renda, objetivou-se remover milhares de pessoas, que normalmente são direcionadas a outras áreas onde há baixa presença de serviços públicos e precária infraestrutura urbana. Karyne Cristiane Maranhão de Matos<sup>60</sup>, nesse sentido, observa que, em diferentes momentos históricos da cidade do Rio de Janeiro, “a reconfiguração de seu espaço urbano, tendo em vista a organização de eventos internacionais, é pautada na expulsão daqueles considerados indesejáveis nas áreas recém-renovadas”.

Nesse contínuo de intervenções sofridas pela população habitante das áreas menos favorecidas da cidade, há, sempre, uma situação muito preocupante. Trata-se do aumento da militarização urbana, caminho perigoso que tem sido trilhado pelas cidades não apenas brasileiras, mas também mundo afora, em um constante surgimento de “novas ideologias militares de guerra permanente e sem limites” que estão “inten-

<sup>58</sup> SANCHES, Taísa de Oliveira Amendola. *Cidade, segregação urbana e política habitacional no Rio de Janeiro: o caso do Bairro Carioca*. 2016. 108 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF\\_CIS\\_1463750924\\_Ta%C3%ADsa\\_sanches\\_2016\\_Completo.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF_CIS_1463750924_Ta%C3%ADsa_sanches_2016_Completo.pdf). Acesso em: 17 maio 2019.

<sup>59</sup> NABACK, Clarissa Pires de Almeida. *Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência na Vila Autódromo*. 2015. 313 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=2396682](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2396682). Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>60</sup> MATOS, Karyne Cristine Maranhão de. *Transformações urbanas, remoções e resistências em áreas de favela: a Vila Autódromo e os megaeventos no Rio de Janeiro*. 2018. 184 p. Dissertação (Mestrado em Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=6954173](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6954173). Acesso em: 18 maio 2019.

sificando radicalmente a militarização da vida urbana”<sup>61</sup>.

Stephen Graham<sup>62</sup>, em estudo a respeito do que ele denomina de um “novo urbanismo militar” em andamento nas grandes cidades mundiais, explica que esse novo fenômeno busca não somente controlar, pacificar ou se aproveitar de determinadas populações, mas, para além disso,

faz uso dos poderes do Estado para reconfigurar violentamente ou apagar o espaço urbano, como um meio de aliviar supostas ameaças, de abrir espaço para exigências da formação da cidade global, da produção neoliberal ou da criação de uma *tabula rasa* urbana capaz de gerar bolhas extremamente lucrativas de especulação imobiliária.

Essa nova prática, na tentativa de justificar ataques tão violentos, recorre frequentemente a invocações de um estado de emergência ou exceção<sup>63</sup>. Marcelo Lopes de Souza, na apresentação dessa mesma obra aos leitores brasileiros, salienta que ela deve ser lida e entendida considerando-se o contexto onde se situa o Brasil, em que essa perspectiva do militarismo ganha particulares contornos. Assim, explica que a militarização da questão urbana tem, no Brasil, como pano de fundo, sentimentos difusos de medo e insegurança alimentados pela mídia e pelo sistema político-eleitoral.

Nesse processo, deve-se observar, ainda, que a questão da militarização no Brasil é permeada por fenômenos que redefinem papéis e posições, conforme explica Souza<sup>64</sup>. De acordo com o autor, em cidades tais como São Paulo e Rio de Janeiro, o pretense monopólio legítimo da violência por parte do Estado é constantemente desafiado, tanto pelos traficantes de varejo quanto, cada vez mais, pelos grupos de extermínio paramilitares. Tais grupos disputam com a polícia “não somente a exclusividade das ações de controle social armado, como até mesmo a ‘legitimidade’ e a aceitação social dessas ações”<sup>65</sup>. Essa disputa é, ainda, às vezes facilitada em razão da grande deslegitimação de que a polícia goza para com os moradores de espaços pobres e segregados, já que os policiais muitas vezes são tão temidos e odiados como os próprios traficantes e milicianos.

Analisando-se os índices de mortes violentas expressos no Atlas da Violência de 2018, observa-se que a desigualdade na distribuição dessas mortes é tal, que deixa a impressão de que negros e não negros vivem em países diferentes. No período de 2006 a 2016, por exemplo, enquanto a taxa de homicídios de não negros teve uma redução de 6,8%, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1 %, sendo que a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras<sup>66</sup>.

O Atlas da Violência apresenta uma sessão denominada “Juventude perdida”, na qual expõe o agravamento de um quadro de homicídio de jovens que vem se tornando cada vez mais preocupante. Conforme o Atlas, 33.590 jovens foram assassinados em 2016, o que significou um aumento de 7,4% em relação ao ano de 2015. Os índices de violência, nesse cenário, expressam mais um nível de desigualdade social, eis que atingem a sociedade de forma muito diferente<sup>67</sup>.

O cenário de desigualdade se reproduz, de forma, porém, muito mais degradante, no sistema prisional brasileiro. De acordo com informações do Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen, de 2016, 64% da população carcerária brasileira é formada por negros. Enquanto isso, na população total do Brasil, os negros representam 53%. Isso tudo em um contexto em que o nível de escolaridade dos presos é

<sup>61</sup> GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 121.

<sup>62</sup> GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 149-150.

<sup>63</sup> GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar*. São Paulo: Boitempo, 2016.

<sup>64</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

<sup>65</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 145.

<sup>66</sup> CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da violência 2018*. 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33410&Itemid=432](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432). Acesso em: 12 ago. 2018.

<sup>67</sup> CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da violência 2018*. 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33410&Itemid=432](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432). Acesso em: 12 ago. 2018.

baixíssimo: 51% dos presos possuem ensino fundamental incompleto, 14% estudaram até completar o ensino fundamental, 15% estudaram até o ensino médio incompleto, e, apenas 9% concluíram o ensino médio<sup>68</sup>.

Referidos dados permitem compreender que existe, no Brasil, “uma contradição estrutural entre o processo de construção social da criminalidade (exclusão) e o processo de construção social da cidadania (inclusão)”<sup>69</sup>. Com efeito, a seletividade criminal é oriunda de

uma identificação da criminalidade com ‘a’ criminalidade dos baixos estratos sociais (dominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial), a qual, amalgamada com a ideologia da periculosidade e dos sujeitos e/ou grupos perigosos, acabou por estabelecer uma identificação com ‘a’ violência<sup>70</sup>.

A seletividade punitiva idealiza, em primeiro lugar, a perspectiva de controlar os corpos em nível da comunidade local, disseminando a política repressivista do “outro” e de extermínio do “inimigo” dos lugares públicos, mobilizando então “as instituições locais (vizinhança, igreja, escola, grupos desportivos etc.) para obviar à desorganização social, reconstituir a solidariedade social e controlar os delinquentes”<sup>71</sup>.

Por outro lado, convém salientar, como o fazem Sobrinho, Silveira e Filho<sup>72</sup>, que o “visível e significativo aumento da violência, em especial o aumento de crimes violentos, não sofreu impactos em razão da rigorosa atuação do sistema de justiça criminal”. Com efeito, é possível observar que o encarceramento em massa de homens jovens, negros e pobres — fenômeno ocorrido no Brasil a partir dos anos 1990 — “comprovadamente não produziu os efeitos declaradamente esperados, uma vez que, ao mesmo tempo, houve um crescimento de ambos os indicadores: violência e encarceramento.”

Este é o cenário no qual foi decretada a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro. Não obstante serem de longa data as práticas de incursões violentas nas favelas, por meio, por exemplo, de operações do BOPE, do emprego das Forças Armadas nas missões de Garantia da Lei e da Ordem, dentre outras, e, apesar do fato de tais medidas não apresentarem resultados concretos e duradouros em relação aos problemas que pretendem combater, a solução adotada em face do “grave comprometimento da ordem pública” verificado no Rio de Janeiro foi a de seguir pelo mesmo (e ineficaz) caminho.

O relatório denominado “Intervenção Federal: um modelo para não copiar”, promovido pelo Observatório da Intervenção, expõe os resultados a que se chegou com a medida, alguns dos quais serão analisados a seguir. O documento aponta que, quanto aos crimes contra a vida (indicador denominado letalidade violenta, que abrange homicídios dolosos, latrocínios, mortes por intervenção de agentes do Estado e lesão corporal seguida de morte), houve a redução de, apenas, 1,7% em relação ao ano de 2017. A Capital e a Baixada Fluminense apresentaram quedas de 9,4% e 6,5%, respectivamente, o Interior do Estado sofreu com o aumento de 15,8% em relação aos números do ano de 2017. Percebe-se, portanto, que o combate contra esse tipo de violência não foi o principal foco da intervenção<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: Infopen. jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 18 maio 2019.

<sup>69</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A segurança pública no Brasil e o paradigma punitivo*: segurança da ordem versus segurança dos direitos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 1. 2008-2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>. Acesso em: 10 mar. 2017. p. 2.

<sup>70</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A segurança pública no Brasil e o paradigma punitivo*: segurança da ordem versus segurança dos direitos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 1. 2008-2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>. Acesso em: 10 mar. 2017. p. 5.

<sup>71</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 289.

<sup>72</sup> CARLOS SOBRINHO, Sergio Francisco; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; BERGER FILHO, Airton Guilherme. Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciências sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 194-208, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5135/3748>. Acesso em: 13 set. 2019. p. 199.

<sup>73</sup> RAMOS, Sílvia (coord.). *Intervenção federal*: um modelo para não copiar. Rio de Janeiro: CESeC, fev. 2019. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Dentre os crimes que compõem o indicador letalidade violenta, observou-se que número que subiu em todas as regiões foi o de mortes provocadas por agentes do Estado. O relatório demonstra que, entre os meses de fevereiro a dezembro, houve um aumento de 33,6% nesse indicador em relação ao ocorrido no ano de 2017, totalizando 1.375 mortes. Quanto aos agentes de segurança, verificou-se a morte de 99 pessoas e mais 140 feridos<sup>74</sup>.

Os índices que apresentaram melhoras e que, talvez, amparem uma ideia de que a intervenção federal trouxe bons resultados, foram os referentes aos crimes contra o patrimônio, em especial quanto aos roubos de carga. Tais crimes apresentaram uma redução de 17,2% em relação a todo o Estado do Rio, embora, nos três últimos meses do ano, tenha se observado uma interrupção nas quedas consecutivas que vinham ocorrendo desde o mês de março, de forma que o último trimestre do ano acabou por fechar com um número 4,3% maior de roubos de carga que o verificado no mesmo período, em 2017. Quanto aos roubos de rua, que englobam tanto roubos de aparelhos celulares, a transeuntes e a coletivos, os resultados foram praticamente insignificantes, fechando o ano com um aumento de 1% em relação ao ano anterior<sup>75</sup>.

Um dos dados mais alarmantes apresentados pelo relatório refere-se ao número ocorrências de tiroteios e disparos de armas de fogo. Por meio do laboratório de dados Fogo Cruzado, que registra a incidência de violência armada na região metropolitana do Rio de Janeiro, verificou-se que ocorreram, durante a intervenção, 8.613 tiroteios e disparos de armas de fogo, um número 56,6 % maior em relação ao ano de 2017. Quando ocorrem casos em que são vitimadas três ou mais pessoas, utiliza-se o termo “chacina”: durante a intervenção, foram registradas 54 chacinas, o que resultou na morte de 216 pessoas, número 63,6% maior que no ano de 2017<sup>76</sup>.

Deve-se registrar que, apesar de a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro ter sido a primeira ocasião, desde a Constituição Federal de 1988, em que houve a decretação de tal medida, e, não obstante o seu caráter excepcional, o então presidente acabou por decretar uma nova intervenção federal, por meio do Decreto nº 9.602, de 8 de dezembro de 2018. A medida foi decretada, dessa vez no Estado de Roraima, novamente com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Embora esse Decreto não seja o objeto específico deste estudo, insere-se no âmbito da análise aqui realizada na medida em que permite o questionamento acerca das políticas comumente adotadas nos governos brasileiros.

A fim de propiciar uma reflexão acerca de uma política pública que possa, de fato, apresentar resultados positivos em uma comunidade, de forma efetiva e não paliativa, analisa-se, nesse ponto, o estudo desenvolvido por Darcy Ramos da Silva Neto, Daniel Ricardo de Castro Cerqueira e Danilo Santa Cruz Coelho<sup>77</sup> em relação ao programa “Estado Presente”, desenvolvido no Estado do Espírito Santo. Conforme explicam os autores, aquele Estado apresentou uma escalada de violência sem precedentes a partir de meados da década de 1980, tendo ingressado e permanecido, desde 1988, no grupo dos cinco Estados brasileiros mais violentos. Enquanto, nos números referentes ao Brasil como um todo, entre 1980 e 2010, as taxas de homicídio por 100 mil habitantes cresceram 137,8%, no Espírito Santo, o aumento foi de 238,2%. Dentre os maiores problemas percebidos no Estado, figuravam como principais o setor penitenciário e a atuação de uma quadrilha fortemente estruturada e formada, inclusive, por agentes do Estado.

Face a tal cenário, foi implementado, a partir de 2011, o programa Estado Presente, visando a reduzir o número de homicídios em áreas de grande vulnerabilidade social. Os autores destacam que, previamente

<sup>74</sup> RAMOS, Sílvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro: CESeC, fev. 2019. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>75</sup> RAMOS, Sílvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro: CESeC, fev. 2019. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>76</sup> RAMOS, Sílvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro: CESeC, fev. 2019. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

<sup>77</sup> SILVA NETO, Darcy Ramos da; CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Avaliação de Política Pública para redução de homicídio: um estudo de caso do Programa Estado Presente no Espírito Santo. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 46., 2018, Rio de Janeiro, *Anais...* Disponível em: <https://en.anpec.org.br/index.php#articles>. Acesso em: 15 maio 2019.

à implantação efetiva do programa, houve, ainda, a implementação de três outros, conforme um diagnóstico de setores prioritários: um programa para enfrentamento da violência e da proteção pública, um de reestruturação e modernização dos órgãos de segurança pública e defesa social e, ainda, um programa de valorização profissional, tudo isso somado a um processo de grandes investimentos no sistema prisional. O programa, além de contar com um planejamento de ações policiais, também envolvia ações nas áreas de educação, cultura, esporte, lazer, mediação de conflitos, entre outros<sup>78</sup>.

A pesquisa conclui que o programa logrou apresentar resultados positivos em comparação à hipótese de não ter sido implantado, tendo conseguido reduzir em 9,6 pontos a taxa de homicídios entre os anos de 2010 e 2014, período que foi objeto da análise. Conforme destacam os autores, percebeu-se um processo de maturidade política, que envolveu a continuidade e aprimoramento da política pública, baseada no planejamento, no método e nas evidências empíricas<sup>79</sup>.

É certo que cada Estado e cada cidade apresenta suas próprias peculiaridades, e, em vista disso, uma política pública deve, necessariamente, ser precedida de uma análise e planejamento adequado ao local no qual se pretende introduzir. Contudo, não se pode ignorar que a adoção de medidas paliativas, visando a qualquer custo a “alcançar” a segurança pública, historicamente não apresenta resultados positivos. Nesse sentido, Souza<sup>80</sup> expressa sua preocupação em relação à questão da segurança pública, salientando que ela não pode ser reduzida a um caso de polícia, apenas repressivo ou mesmo preventivo, mas, ao contrário, deve envolver uma série de ações, “em diferentes domínios (incluindo-se o planejamento e a gestão urbanos) e escalas (da microlocal [sic] às supralocais), que deve ir construindo as condições para uma segurança maior e para a redução de riscos”<sup>81</sup>.

Conforme assinala Neder<sup>82</sup>, existem diferenças entre as ideias de “ordem pública” e “segurança pública” que devem ser consideradas. Enquanto a primeira exprime uma concepção autoritária e excludente (dos direitos) que informa as práticas de controle social (nas instituições policiais e judiciárias), a segunda vincula-se a uma visão mais generosa da ideia de preservação da vida, com segurança. Assim também explica Souza<sup>83</sup>, para quem segurança pública significa a segurança dos cidadãos, seja em espaços públicos ou privados, na garantia de saber que o risco de alguém sofrer uma violência é tão reduzido quanto possível.

Ocorre que a violência a que alguns cidadãos estão sujeitos, em face a outros, é distribuída na cidade de forma extremamente desigual. Por julgar-se oportuno à reflexão que aqui se propõe, destaca-se estudo realizado por Luiz Antonio Machado da Silva e Márcia Pereira Leite<sup>84</sup>, intitulado “Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?”, na medida em que permite uma incursão na tentativa de conhecer qual é a percepção dos próprios moradores dos locais que são objeto das ações em estudo neste trabalho. Entende-se que a importância desse olhar reside na possibilidade de pensar os temas a partir de

<sup>78</sup> SILVA NETO, Darcy Ramos da; CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Avaliação de Política Pública para redução de homicídio: um estudo de caso do Programa Estado Presente no Espírito Santo. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 46., 2018, Rio de Janeiro, *Anais...* Disponível em: <https://en.anpec.org.br/index.php#articles>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>79</sup> SILVA NETO, Darcy Ramos da; CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Avaliação de Política Pública para redução de homicídio: um estudo de caso do Programa Estado Presente no Espírito Santo. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 46., 2018, Rio de Janeiro, *Anais...* Disponível em: <https://en.anpec.org.br/index.php#articles>. Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>80</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

<sup>81</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 150.

<sup>82</sup> NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. *Tempo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 106-134, 1997. Disponível em: [http://www.historia.uff.br/tempo/artigos\\_dossie/artg3-5.pdf](http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg3-5.pdf). Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>83</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

<sup>84</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

uma perspectiva menos distante e “de fora”, visto que este estudo não envolve uma vivência empírica nos locais onde se dão as práticas e medidas seletivas e segregacionistas.

Para desenvolver a pesquisa, os autores basearam-se, principalmente, em uma atividade que foi desenvolvida com 150 moradores de mais de 40 favelas, que foram divididos em 15 grupos, a qual foi denominada “coletivos de confiança”. Seu objetivo foi oferecer possibilidades de interpretação das percepções dos moradores acerca das diferentes formas de presença e atuação tanto dos bandos criminosos quanto das forças policiais. A esse respeito, cumpre destacar, primeiramente, que os autores apontam para uma série de “mitos” a respeito da vida nas favelas, especialmente no que diz respeito aos seus moradores, cuja ética é questionada na medida em que são vistos como coniventes com os traficantes. A pesquisa apresenta, contudo, resultados que confrontam tais visões estereotipadas ou preconceituosas<sup>85</sup>.

O principal foco dos relatos obtidos nos encontros dos grupos foram as violências sentidas, tanto por parte dos criminosos, quanto dos policiais. A forma de percepção, contudo, é diferente. Em relação aos policiais, os moradores os responsabilizam em muitos relatos pela insegurança e perigos que vivenciam, em razão da realização de incursões violentas, nas quais os policiais não buscam diferenciar quem são os moradores e quem são os criminosos. Nesse ponto, fazem questão de estabelecer uma diferenciação entre “nós” e “eles”, enfatizando durante seus relatos o seu distanciamento do mundo do crime, “reivindicando não serem identificados com os criminosos, enfatizando sua natureza ordeira e pacífica e os padrões de moralidade burguesa que seguem”<sup>86</sup>.

Quanto a denunciar as essas violências, os moradores demonstram descrença de que sua queixa produzirá qualquer averiguação ou punição dos envolvidos, e percebem que, para restante da cidade, a situação de violações de direitos que vivem é invisível, não despertando interesse da mídia, do poder público e do restante da população. Conforme assinalam os autores<sup>87</sup>, os moradores

não podem confiar em uma política de segurança que não os contempla, em agentes do Estado que neles não reconhecem a dignidade indissociável da cidadania, não consideram nem protegem sua vida e seus direitos e cuja presença no território se faz sempre contra a integridade física (e, às vezes, patrimonial) dos moradores em geral. [...] Entretanto, os trechos citados indicam que os moradores não rejeitam a polícia como instituição nem recusam (pois sequer tematizam) a necessidade de controle do crime e manutenção da ordem pública. As queixas incidem sobre sua atuação segundo um padrão de conduta indiscriminado e belicoso que excede em muito a atribuição legal do emprego de “força comedida”.

Embora a violência policial comumente deixe de ser denunciada, pelas razões acima expostas, em relação às violências perpetradas pelos traficantes, o assunto torna-se mais sensível. Isto, pois, estes, na medida em que compartilham o mesmo território e são figuras conhecidas e também conhecedoras da comunidade, estabelecem um controle muito mais rígido sobre a população, fato que causa grande insegurança entre os moradores para que tomem atitudes de oposição. Ocorre que as situações de violência perpetradas pelos criminosos são quase como “esperadas” pelos moradores, no sentido de que, deles, a expectativa não era de algo diferente. A percepção é diversa, contudo, em relação às violências praticadas por policiais, justamente em razão de que sua função precípua seria de protegê-los, e não, ao contrário, submetê-los a mais violações.

A respeito dos relatos dos moradores, os autores concluíram, principalmente, que o sentido que eles imprimem às suas falas são referentes à quebra de rotina que as violências causam em suas vidas, constan-

<sup>85</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

<sup>86</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. p. 574.

<sup>87</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. p. 562.

temente ameaçadas por diferentes tipos de violências. Essa percepção é dirigida tanto às incursões policiais violentas, quanto a dos traficantes e aos confrontos armados entre bandos diferentes. Os autores entendem que as interrupções de rotina sentidas pelos moradores leva a um constante sentimento de medo, que, ademais, atinge toda a população da cidade, mas que, especificamente em relação às favelas, representa o bloqueio das condições objetivas para continuar a vida de forma estável. Contudo, o medo, que, na definição dos autores, trata-se de um medo social difuso, “acaba por produzir demandas de uma recomposição das rotinas pela força, fechando, assim, um círculo de ferro que reproduz indefinidamente a violência como elemento estruturador fundamental”<sup>88</sup>.

Esse estudo permite que se observe como a (falta de) proteção se dá de forma seletiva no ambiente urbano. Na esteira do que anteriormente foi exposto, com base em Souza<sup>89</sup>, de que segurança pública significa, em uma palavra, a tranquilidade que os cidadãos podem usufruir em saber que não sofrerão uma violência a qualquer momento, verifica-se, então, nos relatos dos moradores da favela, que eles são os mais atingidos pelas violências que a qualquer momento podem irromper em suas ruas e adentrar em suas casas.

Como já se verificou, a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro foi decretada com o fito de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública, já que essa situação teria se tornado de tal forma amplíssima, que as autoridades estatais já não logravam êxito em garantir segurança à população. No parecer proferido no plenário da Câmara dos Deputados, elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, por meio da Mensagem ao Congresso Nacional nº 18<sup>90</sup>, quando da votação do texto do Decreto de intervenção federal, lê-se o seguinte trecho: “áreas que, outrora, não apresentavam índices significativos de violência passaram a ser consideradas como áreas de risco”.

No entanto, como se viu, a população da favela há muito convive com um cenário igualmente grave. Pois, então, é de se questionar: que práticas sociais, jurídicas e institucionais determinam que já não se pode tolerar a violência, quando atingidos, pelo seu aumento vertiginoso, certos locais?

Resta evidente que recorrer-se ao viés repressivo para combater violências é uma política há muito desgastada e ineficaz. Apesar disso, conforme explica Souza<sup>91</sup>, ante “a ‘impossibilidade’ de eliminar as causas profundas da boa parte da criminalidade violenta” — “impossibilidade” essa que o autor atribui a vários fatores, dentre eles, a falta de diálogo entre uma política de desenvolvimento urbano e uma de segurança pública —, “a ‘solução’ conservadora restringe-se a retirar os ‘bandidos’ de circulação”. No Brasil, tal solução apresenta-se envolta em toda sorte de ilegalidades, a exemplo da eliminação de criminosos, ao arrepio da lei, por violência policial e ação de milícias, ante a incapacidade do sistema penal, bem como do sistema carcerário, e da corrupção policial<sup>92</sup>.

Tal contexto permite uma aproximação à filosofia agambeniana acerca do estado de exceção, o qual “tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”<sup>93</sup>. Para o autor<sup>94</sup>, “o espaço ‘juridicamente vazio’ do estado de exceção [...] irrompeu de seus confins espaço-

<sup>88</sup> SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019. p. 577.

<sup>89</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

<sup>90</sup> BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Mensagem ao Congresso Nacional nº 80, de 2018*. Submete à apreciação do Congresso Nacional o texto do decreto nº 9.288, de 2018, que “Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1640487&filename=Parecer-CCJC-20-02-2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640487&filename=Parecer-CCJC-20-02-2018). Acesso em: 12 maio 2019. p. 10.

<sup>91</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 173.

<sup>92</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

<sup>93</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004. p. 13.

<sup>94</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 44.

-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível.”

Esse “transbordamento” do estado de exceção é visualizado por Agamben<sup>95</sup> como uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, nas quais a declaração de um estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo. A ideia agambeniana é demonstrar precisamente que o estado de exceção independe progressivamente da ameaça bélica, que o justificava na origem. Ele se desloca até as situações de emergência econômica (crises econômicas, desvalorizações drásticas) e finalmente converte-se em uma prática habitual<sup>96</sup>.

Com efeito, deve-se reconhecer que as incursões violentas empreendidas nas áreas segregadas não pesquisam, previamente, quem são os criminosos. Resulta disso que todos sofrem com tais medidas, que vêm a agravar a situação de pobreza e privações que muitas vezes é vivida pelos moradores. Conforme assinalou Nilo Batista<sup>97</sup>, “pouco importa que o dano econômico e social produzido por um só dos grandes crimes de colarinho branco (falências fraudulentas, sonegações fiscais, evasão de divisas etc.) supere mil vezes o somatório de todos os roubos e furtos”. A prática demonstra, que, no Brasil, a figura que ronda o imaginário social quanto ao criminoso indica que ele tem endereço e tem cor — evidenciando o seu caráter biopolítico.

## 4 Considerações finais

O presente artigo tinha por objetivo estudar o Decreto de intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, agregando, porém, diferentes elementos que pudessem contribuir para uma leitura crítica da medida. Assim, a partir do viés da seletividade do sistema penal, visou-se analisar a conjuntura na qual se inseriu a decretação da intervenção.

Tais propósitos vêm ao encontro da necessidade de se realizar uma leitura atenta dos fenômenos que giram em torno da questão criminal no Brasil, bem como de aspectos a ela relacionados, como a segregação urbana, a violência e a demanda por segurança pública. Reunir elementos para fomentar uma reflexão crítica e transdisciplinar acerca desses acontecimentos, portanto, mostra-se o horizonte para o qual é imprescindível, neste momento, voltar os olhares.

Com isso, percebeu-se que a decretação da intervenção federal deu-se em um contexto de permanências de desigualdades historicamente observadas, que, no presente, não encontram óbice algum em manter-se e reproduzir-se, eis que, em face delas, não são tomadas medidas sérias e eficientes. Pelo contrário, a intervenção federal demonstra que a práxis é a de tomada de decisões improvisadas, paliativas, que não buscam combater o cerne dos problemas. E, na medida em que empregou as mesmas (e desgastadas) estratégias violentas, não contribuiu senão para aumentar o abismo social que separa ricos e pobres, brancos e negros, favela e “asfalto” no Brasil.

Essa seletividade foi descortinada com base nos estudos da criminologia crítica, que, não obstante as diferentes perspectivas presentes nos diversos autores, logrou demonstrar como o sistema penal (que compreende muito mais que apenas as instituições penais em si) atua ao longo das vidas das pessoas estigmatizando, criminalizando e, por fim, segregando — seja nas favelas, seja no sistema carcerário.

Ademais, e é importante salientar, tais estratégias violentas, apesar de ineficazes e desgastadas, não deixam de produzir resultados nefastos. Como se observou, a intervenção federal apenas conseguiu reduzir

<sup>95</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

<sup>96</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

<sup>97</sup> BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 168.

significativamente o número de roubos de cargas, sendo que, por outro lado, os índices de letalidade violenta apenas se ampliaram. A pesquisa revela, assim, que há uma operacionalidade do sistema repressivo e das práticas de governo que tende, historicamente, a dirigir às áreas pobres, habitadas por um grupo específico de pessoas, uma intervenção altamente truculenta e seletiva — gerando, em relação a estes sujeitos, um verdadeiro “estado de exceção permanente”, na léxica agambeniana. Operacionalidade que, poder-se-ia dizer, promove, eficazmente, a conversão de vidas em vidas politicamente desqualificadas, despidas de seus valores intrínsecos e sujeitas, pois, a toda a sorte de práticas, discursos e violências.

Tendo em vista o fato da seletividade/arbitrariedade da atuação das instituições encarregadas pela referida intervenção, buscou-se uma compreensão de tal cenário sob uma perspectiva crítica. Ademais, evidenciou-se, em que medida, essas intervenções divisavam uma atuação biopolítica por parte tanto das instituições, como também da rede de atores envolvidos em cada um dos momentos que se refletem e moldam a vida das pessoas. Isso porque, pelas lentes da biopolítica, é a vida — que, muitas vezes, está em forma de vida nua — que está implicada na rede de relações de poder que se desenham na sociedade. Isso explica, em boa medida, a monotonia cromática dos corpos caídos no rastro das práticas violentas praticadas pelas instituições do Estado brasileiro no âmbito da intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A segurança pública no Brasil e o paradigma punitivo: segurança da ordem versus segurança dos direitos*. CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 1. 2008-2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BENCHIMOL, Jaime Larry. *Pereira Passos: um Haussmann tropical: a renovação urbana da cidade do Rio de Janeiro no início do século XX*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Turismo e Esportes, 1992.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Mensagem ao Congresso Nacional nº 80, de 2018*. Submete à apreciação do Congresso Nacional o texto do decreto nº 9.288, de 2018, que “Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1640487&filename=Parecer-CCJC-20-02-2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640487&filename=Parecer-CCJC-20-02-2018). Acesso em: 12 maio 2019.

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: 19 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm). Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 9.602, de 08 de dezembro de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9602.htm). Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: Infopen, jun. 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf). Acesso em: 18 maio 2019.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da violência 2018*. 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/>

index.php?option=com\_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em: 12 ago. 2018.

COMITÊ POPULAR DA COPA E DAS OLIMPIADAS DO RIO DE JANEIRO. *Dossiê: megaeventos e violações dos direitos humanos no Rio de Janeiro*. nov. 2015. Disponível em: [https://www.childrenwin.org/wp-content/uploads/2015/12/Dossie-Comit%C3%AA-Rio2015\\_low.pdf](https://www.childrenwin.org/wp-content/uploads/2015/12/Dossie-Comit%C3%AA-Rio2015_low.pdf). Acesso em: 14 maio 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar*. São Paulo: Boitempo, 2016.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MATOS, Karyne Cristine Maranhão de. *Transformações urbanas, remoções e resistências em áreas de favela: a Vila Autódromo e os megaeventos no Rio de Janeiro*. 2018. 184 p. Dissertação (Mestrado em Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=6954173](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6954173). Acesso em: 18 maio 2019.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SILVEIRA, Sebastião Sérgio; PAZETO, Henrique Parisi. Representação interventiva, jurisdição constitucional e conflito federativo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 186-189, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2675/pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NABACK, Clarissa Pires de Almeida. *Remoções biopolíticas: o habitar e a resistência na Vila Autódromo*. 2015. 313 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=2396682](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2396682). Acesso em: 18 ago. 2018.

NEDER, Gizlene. Cidade, identidade e exclusão social. *Tempo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 106-134, 1997. Disponível em: [http://www.historia.uff.br/tempo/artigos\\_dossie/artg3-5.pdf](http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg3-5.pdf). Acesso em: 19 ago. 2018.

RAMOS, Silvia (coord.). *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Rio de Janeiro, CESeC, fev. 2019. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/intervencao-federal-um-modelo-para-nao-copiar/>. Acesso em: 16 fev. 2019.

SANCHES, Taísa de Oliveira Amendola. *Cidade, segregação urbana e política habitacional no Rio de Janeiro: o casos do Bairro Carioca*. 2016. 108 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF\\_CIS\\_1463750924\\_Ta%C3%ADsa\\_sanches\\_2016\\_Completo.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF_CIS_1463750924_Ta%C3%ADsa_sanches_2016_Completo.pdf). Acesso em: 17 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem branco, nem preto, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

SILVA NETO, Darcy Ramos da; CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Avaliação de política pública para redução de homicídio: um estudo de caso do Programa Estado Presente no Espírito Santo. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 46., 2018, Rio de Janeiro, *Anais...* Disponível em: <https://en.anpec.org.br/index.php#articles>. Acesso em: 15 maio 2019.

SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública. *Estudos avançados*, v. 17, n. 47, p. 75-96, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n47/a05v1747.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

CARLOS SOBRINHO, Sergio Francisco; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; BERGER FILHO, Airton Guilherme Guilherme. Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciências sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 194-208, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5135/3748>. Acesso em: 13 set. 2019.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Militarização da questão urbana. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 29, p. 119-129, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/ls/article/view/18501/13694>. Acesso em: 30 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VAZ, Lilian Fessler. Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos: a modernização da moradia no Rio de Janeiro. *Análise Social*, Lisboa, v. 29, n. 127, p. 581-597, 1994. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122337718716iYL2uw3Xe43QN7.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico**

**Why are there cognitives biases in the judicial decision taking? The contribuition of psicolgy and neurosciences to the juridical debate**

Ricardo Lins Horta

# Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico\*

## Why are there cognitives biases in the judicial decision taking? The contribuition of psicolgy and neurosciences to the juridical debate

Ricardo Lins Horta\*\*

### Resumo

A literatura jurídica brasileira tem começado a se questionar sobre a existência e os efeitos de vieses cognitivos na tomada de decisão juridicamente relevante. Trabalhos teóricos e empíricos recentes vêm recorrendo à literatura em Julgamento e Tomada de Decisão e Economia Comportamental para lançar um novo olhar sobre o fenômeno da decisão jurídica — sem, contudo, proceder a uma avaliação crítica do paradigma das heurísticas e vieses e das teorias do duplo processo. A partir de uma metodologia interdisciplinar, este ensaio busca suprir essa lacuna, apresentando ao público jurídico um levantamento analítico dos modelos comportamentais da literatura em tomada de decisão. Percorremos alguns dos problemas mais salientes no debate recente: a adequação da introspecção como metodologia para compreensão da tomada de decisão, o papel do processamento automático ou inconsciente na decisão, e, sobretudo, *por que* seria o caso de a racionalidade humana ser passível desses desvios em relação aos parâmetros normativos. Para tanto, duas vertentes explicativas para a existência de vieses são analisadas: a neurofisiológica e a evolucionista, com vistas a traçar um cenário mais realista de como a arquitetura cognitiva condiciona a racionalidade humana.

**Palavras-chave:** Tomada de Decisão Judicial. Heurísticas e Vieses. Teorias do Duplo Processo. Substratos neurais da Consciência. Teoria do Gerenciamento do Erro.

### Abstract

Brazilian legal literature has begun to question the existence and effects of cognitive biases in legal decision-making. Recent theoretical and empirical studies have shed light to the literature on Judgment and Decision Making and Behavioral Economics in order to understand the phenomenon of legal decision-making — however, without proceeding to a critical evaluation of the heuristics and bias paradigm and of the dual-process theories. Based upon an interdisciplinary methodology, this essay seeks to fill this gap by

\* Recebido em 23/06/2019  
Aprovado em 13/10/2019

Versão anterior deste trabalho foi apresentada como Conferência no *IV Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência*, organizado pelo grupo de estudos em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, em 24/10/2018, e depois fez parte da Tese de Doutorado do autor. Agradeço pelas valiosas contribuições aos professores Sérgio Nojiri, Noel Struchiner e Rafael Plakoudi Souto Maior, bem como aos revisores do artigo.

\*\* Doutor em Direito (UnB), Mestre em Neurociências e Graduado em Direito (UFMG). Foi pesquisador visitante na *École Normale Supérieure*, em Paris (2016-2017). Integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) federal, é atualmente Chefe de Gabinete do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).  
Email: ricardolinshorta@gmail.com

presenting to the legal public an analytical look on the most recent behavioral models of the decision-making debate. We turn to some of the most salient problems, such as the value of introspection methodology for understanding decision making; the role of automatic or unconscious processing in decision-making; and specially why it is be the case that human rationality is susceptible to such deviations. In order to do so, two explanatory lines for the existence of biases are analyzed: the neuroscientific and the evolutionary, in order to draw a more realistic picture of how cognitive architecture constrains human rationality.

**Keywords:** Judicial Decision-Making. Heuristics and Biases. Dual-Process Theories. Neural substrates of consciousness. Error Management Theory.

## 1 Introdução

Magistrados são capazes de uma aplicação puramente técnica das normas, para além de suas preferências pessoais e políticas? Os parâmetros da racionalidade discursiva, utilizados na justificação das sentenças judiciais, são suficientes para o controle democrático do Judiciário? A Justiça, mesmo não sendo neutra, pode ser imparcial? Juízes com fome são maus juízes? Essas são perguntas relativamente antigas no debate jurídico, mas que só recentemente vêm sendo tratadas com um renovado olhar experimental.

Afortunadamente, nos últimos anos, a literatura jurídica brasileira tem começado a se questionar sobre a existência e os efeitos de vieses cognitivos na tomada de decisão juridicamente relevante. Mais recentemente, trabalhos teóricos<sup>1</sup> e empíricos<sup>2</sup> têm utilizado como ponto de partida as referências da literatura em Julgamento e Tomada de Decisão, Ciências Comportamentais e Economia Comportamental para entender esse fenômeno, renovando o repertório de análises e formulações do problema da decisão no Direito.

Trata-se de um movimento que já vinha de alguns anos na literatura estrangeira<sup>3</sup>, amparado por de-

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gabriela Perissinotto; CESTARI, Roberto. Fatores extrajudiciais na tomada de decisão judicial: uma abordagem preliminar. In: NOJIRI, Sérgio (org). *Direito, Psicologia e Neurociência*. Ribeirão Preto/SP: Editora IELD, 2016. p.169–185; NOJIRI, Sérgio, Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (org). *Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.313–324; FREITAS, Juarez, A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais, *Revista da AJURIS*, v.40, n.130, p.223–244, 2013; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin, O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v.70, p.177–196, 2018; MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda, As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito, *Revista Direito GV*, v.14, n.2, p.618–653, 2018; CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e, Julgamento e tomada de decisões no direito. In: \_\_\_\_\_. *Julgamento e Tomada de Decisão*. São Paulo: Pearson, 2018. p.423; COSTA, Alexandre Araújo; HORTA, Ricardo de Lins e, Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial, *Opinião Jurídica*, n.20, p.271–297, 2017; COSTA, Eduardo José da Fonseca, Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016; SILVA, Marina Lacerda; HORTA, Ricardo Lins, O racismo do sistema penal na perspectiva da Psicologia Experimental – diálogos possíveis com a Criminologia, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.25, p.417–445, 2017, p.118–178; FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência: Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica*, Curitiba: Juruá, 2008; ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, 5.ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 118-178; NOJIRI, Sergio. *O Direito Irracional: emoção e intuição no processo de tomada de decisão judicial*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

<sup>2</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v.5, n.1, p.67–78, 2018; GREZZANA, Stafania, Gender Bias at the Brazilian Superior Labor Court, *Brazilian Review of Econometrics*, v.32, n.1, p.73–96, 2012; LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano, Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.8, n.2, p.778–799, 2018; ALMEIDA, Fabio Portela Lopes, As origens evolutivas da cooperação humana, *Revista DireitoGV*, v.9, n.1, p.243–268, 2013; ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.8, n.2, p.826–853, 2018; COSTA, Luiza Lopes Franco et al., Gender stereotypes underlie child custody decisions, *European Journal of Social Psychology*, v.00, p.1–12, 2018.

<sup>3</sup> Para revisões sistemáticas, vide BRAMAN, Eileen, Cognition in the Courts, In: EPSTEIN, Lee; LINDQUIST, Stefanie A. (org),

zenas de experimentos e estudos empíricos que constataram aquilo que muitos já intuía: nas decisões moralmente carregadas e/ou juridicamente relevantes, as pessoas são influenciadas por fatores pessoais, político-ideológicos<sup>4</sup>, por identidades como gênero<sup>5</sup> e raça<sup>6</sup>, e por fatores circunstanciais e prosaicos, como cansaço<sup>7</sup>, fome<sup>8</sup> e nojo<sup>9</sup>.

Contudo, aceitar que a tomada de decisão em temas moralmente carregados ou juridicamente complexos possa padecer de influências exógenas diz pouco sobre *por que* isso acontece. O que exatamente se quer dizer ao afirmar que a mente humana sofre de influências inconscientes, ou que o raciocínio se dá de forma automática? Sem uma compreensão abrangente dos motivos pelos quais a arquitetura da cognição humana apresenta desvios sistemáticos em relação a parâmetros normativos, o quadro delineado fica incompleto. Para uma teoria mais realista da tomada de decisão, é preciso inicialmente ter clareza de como e por que a racionalidade humana funciona do jeito que os experimentos mostram.

Embora a comunidade jurídica tenha sido lenta em reconhecer a existência desses vieses cognitivos nas atividades decisórias, a sua importância não pode ser mais ignorada. As consequências das limitações da racionalidade humana na prática forense são reais e podem resultar em injustiças concretas, como veremos adiante. Porém, parte da resistência em se aceitar a influência de fatores extrajurídicos resulta da compreensão de como a mente funciona. Muito do discurso prevalente sobre como decisões “justas” podem ser tomadas de forma “isenta” ainda aposta numa visão da racionalidade de séculos atrás, como se a Psicologia, a Biologia e as Neurociências não tivessem avançado a passos largos nas últimas décadas.

Por que a mente humana está sujeita a vieses cognitivos? Como pode a racionalidade humana ser, de um lado, tão prodigiosa, e, de outro, tão falha? Por que o inconsciente domina tantas decisões importantes? De onde vêm as limitações que nos levam a raciocinar de forma errônea ou injusta, perante os parâmetros normativos que cultivamos?

Este trabalho se propõe a fechar essa lacuna, trazendo uma leitura interdisciplinar do problema dos vieses cognitivos. Buscamos trazer ao público leigo em ciências comportamentais uma descrição atualizada e clara dos modelos e teorias mais recentes sobre a arquitetura da mente que toma decisões juridicamente relevantes, evitando jargões técnicos, de um lado, e simplificações superficiais, de outro.

Começemos esclarecendo com base em qual referencial enfrentaremos esse problema. A literatura interdisciplinar da qual partiremos reúne trabalhos em Julgamento e Tomada de Decisão, Economia Comportamental, Etologia, Neurociências, Biologia e Psicologia Evolucionista. Nessa perspectiva, por “decisão”,

---

*The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p.283–507; HARRIS, Allison P.; SEN, Maya, Bias and Judging, *Annual Review of Political Science*, p.Forthcoming, 2019; MUELLER, Pam; NADLER, Janice, Social Psychology and the Law. In: PARISI, Francesco (org.). *The Oxford Handbook of Law and Economics: Methodology and Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 2017. v.1. p.124–160; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges, *Annual Review of Law and Social Science*, v.13, n.1, p.203–229, 2017; ZAMIR, Eyal et al. Judicial Decision-Making. In: \_\_\_\_\_. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014. p.664–702.

<sup>4</sup> COHEN, Alma; YANG, Crystal S., Judicial Politics and Sentencing Decisions, *American Economic Journal: Economic Policy*, 2019; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.

<sup>5</sup> BOYD, Christina L; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging Untangling the Causal Effects of Sex on Judging at Buffalo. *American Journal of Political Science*, v.54, n.2, p.389–411, 2010; GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck, Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: Os Ministros confiam em relatoras mulheres?, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.8, n.2, p.855–876, 2018.

<sup>6</sup> BLAIR, Irene V.; JUDD, Charles M.; CHAPLEAU, Kristine M. The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing, *Psychological Science*, v.15, n.10, p.674–679, 2004; RACHLINSKI, Jeffrey J. et al., Does unconscious racial bias affect trial judges, *Notre Dame Law Review*, v.84, n.1195, p.1–49, 2009.

<sup>7</sup> CHO, Kyoungmin; BARNES, Christopher M.; GUANARA, Cristiano L. Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences. *Psychological Science*, v.28, n.2, p.242–247, 2017.

<sup>8</sup> DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L., Extraneous factors in judicial decisions, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v.108, n.17, p.6889–6892, 2011.

<sup>9</sup> SCHNALL, Simone et al. Disgust as embodied moral judgment, *Personality and Social Psychology Bulletin*, v.34, n.8, p.1096–1109, 2008.

num sentido amplo, entende-se um conjunto de processos cognitivos que avaliam e selecionam opções com vistas a um determinado curso de ação. As etapas do processo de tomada de decisão podem ser teoricamente agrupadas em quatro categorias<sup>10</sup>. Na primeira etapa, (i) a informação é disponibilizada, ou por meio da percepção sensorial, ou da memória. A seguir, (ii) ocorre o “julgamento”, aqui entendido como a avaliação ou discriminação dessa informação ou estado de coisas. Com base nas suas preferências, o indivíduo (iii) escolhe, selecionando, a partir de diferentes opções, o curso de ação desejado, o que configura a “decisão”, no sentido estrito. A partir dessa decisão, resulta (iv) um comportamento ou ação no mundo exterior. Como veremos a seguir, existem condicionantes de várias ordens em cada uma dessas etapas, derivadas de causas proximais e distais (vide Seção 3), que ajudam a explicar por que ocorrem vieses cognitivos.

Nas últimas décadas, foram realizados diversos experimentos com humanos e outras espécies animais. Basicamente, consistem em paradigmas experimentais destinados a avaliar tarefas de discriminação, categorização, reconhecimento, avaliação e seleção de cursos de ação<sup>11</sup>, medindo respostas neurais e buscando desvendar quais áreas cerebrais eram recrutadas para essas tarefas, bem como se o indivíduo executa essas tarefas de forma consciente ou não. Resultados desses estudos revelam que, contrariamente ao que se pensa, não só a tomada de decisão humana padece de inúmeras aparentes “irracionalidades”, como alguns dos vieses nela verificados são comuns a outras espécies animais<sup>12</sup>.

Em resumo, existe atualmente todo um campo de conhecimento que descreve com relativa precisão os mecanismos cognitivos da tomada de decisão. Neste artigo, ensaiaremos responder à pergunta do título deste trabalho, começando por estabelecer o cenário no qual se situa dessa discussão. Numa perspectiva interdisciplinar, os conhecimentos oriundos das ciências dedicadas à compreensão da Tomada de Decisão podem ser integrados com suas explicações em outros níveis de análise, o dos processos psicológicos e neurais que servem de substrato ao comportamento humano (Seção 1.1).

Para explicar a tomada de decisão humana, uma vez que a maior parte dos processos mentais se dá de forma inconsciente, defenderemos que a introspecção não é o método mais adequado para compreender essa dinâmica (Seção 2.1). Revisaremos também, brevemente, um dos programas de pesquisa que dominaram até agora a questão da tomada de decisão, o das “heurísticas e vieses”, ligado às “teorias do duplo processo” (Seção 2.2), apontando suas propostas, problemas e limitações. Com isso, busca-se esclarecer para o leitor quais são os modelos descritivos prevalentes dos vieses na tomada de decisão.

O objetivo é o de responder à pergunta de *por que* esses mecanismos funcionam dessa forma, em dois níveis explicativos: o das causas distais, evolutivos, para o qual mobilizaremos o instrumental da Biologia e da Psicologia Evolucionista (Seção 3.1); e o das causas proximais, neurofisiológicas, para o qual aportaremos a literatura neurocientífica recente (Seção 3.2). Por fim, faremos um sucinto apanhado de possíveis consequências práticas desses achados para o direito (Seção 4). Esperamos que, ao final desse trajeto, o leitor tenha clareza das principais teorias contemporâneas acerca de como processos automáticos ou inconscientes governam a maioria das nossas decisões, e como isso pode ter reflexos concretos nas instituições jurídicas.

Buscamos, assim, sem a pretensão de revisar exaustivamente todos os debates, experimentos e autores relevantes, expor uma compreensão cientificamente informada da racionalidade humana, e, sobretudo, uma narrativa que seja útil para os juristas que se interessam por essa temática. Por fim, advertimos que muitos dos modelos e teorias que analisaremos ainda estão em debate, sendo constantemente postos à prova. Uma das virtudes da ciência é justamente sua abertura à contestação e ao contraditório, avançando à medida que novos dados levam ao abandono ou refinamento dos modelos disponíveis.

<sup>10</sup> MENDELSON, Tamra C. *et al.* Cognitive Phenotypes and the Evolution of Animal Decisions, *Trends in Ecology and Evolution*, v.31, n.11, p.850–859, 2016.

<sup>11</sup> MENDELSON, Tamra C. *et al.* Cognitive Phenotypes and the Evolution of Animal Decisions, *Trends in Ecology and Evolution*, v.31, n.11, p.850–859, 2016.

<sup>12</sup> SANTOS, Laurie; ROSATI, Alexandra. The Evolutionary Roots of Human Decision Making, *Ssrn*, n.Aug. 2014, p.1–27, 2015.

## 1.1 O problema da tomada de decisão numa perspectiva interdisciplinar

Do ponto de vista da comunidade jurídica, as potenciais consequências negativas dos vieses cognitivos se referem à possibilidade de injustiças serem cometidas. A premissa de vários dos autores que se dedicam a essa discussão é que instituições pensadas a partir de um referencial equivocado da racionalidade humana tendem a ignorar suas limitações e a perpetuar injustiças<sup>13</sup>. Vale mencionar alguns exemplos desse risco.

Sabe-se que intuições ou primeiras impressões sobre pessoas ou fatos podem criar um viés, que condiciona toda a interpretação subsequente de fatos e condutas. Isso pode ser desastroso do ponto de vista de inquéritos e investigações, que deixam de se abrir para múltiplas possibilidades, e, em vez disso, focam em confirmar suspeitas iniciais, eventualmente infundadas, num efeito “bola de neve”<sup>14</sup>. Noutro exemplo, ao não compreender como efetivamente funciona a memória humana, o processo judicial continua confinando à prova testemunhal como se fosse um retrato fiel e confiável da realidade, apesar de existirem inúmeras evidências robustas em contrário<sup>15</sup>. Por fim, o sistema penal pode ser um grande perpetuador de injustiças — a falta de compreensão de como as normas punitivas podem reforçar o racismo, ou como a aplicação das penas efetivamente impacta os réus, leva a um sistema que é tanto brutal com aqueles que pune, quanto injusto com quem deixa de punir, além de ineficiente do ponto de vista do seu objetivo de redução da violência na sociedade<sup>16</sup>.

O fenômeno da tomada de decisão é extremamente complexo; não por acaso, as ciências da decisão envolvem desde economistas e estudiosos de Teoria dos Jogos até comunidades de neurocientistas computacionais e pesquisadores em inteligência artificial. É importante ter em mente que cada programa de pesquisa encara o comportamento decisório com base em um diferente ângulo, compondo, gradualmente, uma visão mais abrangente de suas múltiplas facetas. Vale recordar, ainda, que cada metodologia contribui com modelos que se situam num determinado *nível explicativo* — o econômico, o psicológico, o biológico etc. Essa divisão de trabalho significa que o conhecimento obtido em cada nível explicativo pode contribuir para esclarecer os mecanismos nos demais níveis explicativos, numa síntese teórica abrangente.

Assim, um neurocientista pode se concentrar em humanos ou em modelos animais enquanto realizam tarefas de escolha, aliadas a medições por técnicas de neuroimagem que revelam padrões de ativação cerebral; um psicólogo, tipicamente, vai focar no comportamento observável, utilizando técnicas experimentais com sujeitos de pesquisa; e, por sua vez, um economista poderá elaborar modelos matemáticos a respeito, com vistas a formalizar uma teoria microeconômica da escolha. Embora o ideal seja reunir esses resultados de diferentes metodologias num único quadro explicativo, é importante lembrar que cada nível explicativo possui *propriedades emergentes* próprias, que não são passíveis do reducionismo. Nessa perspectiva, não faz sentido tentar descrever toda a tomada de decisão humana em termos de sinapses neurais, pois há propriedades emergentes da decisão que somente surgem no nível psicológico ou comportamental do indivíduo<sup>17</sup>.

Por esse motivo, existem definições e conceitos típicos do nível psicológico, ligadas, mas não completamente redutíveis, a definições e conceitos no nível biológico. Assim, dividiremos este trabalho em duas seções, uma focada sobre as explicações psicológicas (Seção 2) e outra sobre explicações biológicas (Seção 3) dos vieses decisórios. Para situar o leitor, todavia, começaremos por um breve excursus histórico, para traçar esse panorama das ciências da decisão.

<sup>13</sup> Vide, por exemplo, os ensaios em: ENGEL, Christoph; SINGER, Wolf. *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008.

<sup>14</sup> MACLEAN, C. L.; DROR, Itiel E. A Primer on the Psychology of Cognitive Bias, *Blinding as a Solution to Bias*, p.13–24. 2016.

<sup>15</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando o Direito).

<sup>16</sup> BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers, 2015.

<sup>17</sup> GLIMCHER, Paul W. *Foundations of Neuroeconomic Analysis*. New York: Oxford University Press, 2011. p.19–35.

## 2 A resposta no nível psicológico

Antes de tentarmos responder à nossa pergunta de “por que existem vieses”, vamos, primeiramente, tecer uma aproximação ao nível explicativo da Psicologia, campo em que surgiu a própria definição de “vieses cognitivos”. Para tanto, vamos percorrer o histórico de surgimento e de refinamento da noção de que a tomada de decisão humana está sujeita a vieses.

Vale ressaltar que há uma vigorosa tradição de pesquisa psicológica, reunida sob o rótulo “Julgamento e Tomada de Decisão” (JTD), que remonta pelo menos aos anos 1940-1950. Um dos pontapés iniciais desse programa de pesquisa foi o trabalho de Von Neumann e Morgenstern, mais conhecidos por serem fundadores do campo da Teoria dos Jogos. Inicialmente, os pesquisadores em JTD tinham dois focos distintos de pesquisa, hoje relativamente integrados entre si: um deles, sobre como as pessoas avaliam ou compreendem informações para fazerem inferências (“julgamento”); o outro, sobre como as pessoas optam por determinados cursos de ação (“escolha” ou “tomada de decisão”).

Naquele momento, tratava-se de criar paradigmas experimentais que permitissem testar e medir, do ponto de vista comportamental, como as pessoas efetivamente julgam e decidem, *vis-à-vis* os parâmetros normativos preconizados pelo conceito de racionalidade da Economia neoclássica, pelas regras matemáticas do cálculo probabilístico e da estatística, pela lógica dedutiva clássica, entre outros<sup>18</sup>.

Rapidamente, os primeiros experimentos passaram a desafiar o que se esperaria a partir de modelos teóricos de comportamento decisório até então consagrados. No fim dos anos 1950, já se sabia que, em situações experimentais de solução de problemas, os sujeitos de pesquisa tinham extrema dificuldade em fazer cálculos estatísticos com acurácia, ou mesmo efetuar operações dedutivas tidas como elementares. Herbert Simon, àquela altura, propunha que se prestasse atenção às limitações inerentes a todo contexto decisório e à própria arquitetura cognitiva, sugerindo o conceito de “racionalidade limitada”. Porém, foi necessário que experimentos revelassem a dificuldade em se verificar na prática a “Teoria da Utilidade”, um dos baluartes da Economia neoclássica, para que esses apelos passassem a ser ouvidos. Assim, nos anos 1960, economistas se lançam ao projeto de buscar entender quais processos cognitivos estariam por trás desses fenômenos. Estava montado o palco para a emergência da Economia Comportamental<sup>19</sup>.

Os expoentes desse novo campo, como Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler, passaram a colecionar exemplos de como as pessoas tomavam decisões diferente do esperado pelas teorias normativas da decisão humana. O assim denominado programa das “heurísticas e vieses” buscava compreender quais seriam as estratégias decisórias que empregariam atalhos cognitivos (“heurísticas”), de modo a resolver intuitiva e rapidamente problemas complexos. No entanto, muitas vezes esses atalhos resultariam em desvios sistemáticos ou inconsistências em relação aos parâmetros normativos esperados (“vieses”). Tratava-se, assim, de reformular a teoria econômica para que adotasse modelos mais realistas de como pessoas formam preferências, avaliam dados disponíveis e fazem escolhas<sup>20</sup>.

O sucesso da Economia Comportamental trouxe psicólogos sociais, sociólogos, economistas e outros especialistas a trabalharem em conjunto, na prática esfuziando os limites entre essas disciplinas. Hoje, em universidades mundo afora, os grupos de pesquisa, ementas de disciplinas e trabalhos publicados envolvem autores de múltiplas formações especializadas. O campo de JTD, assim, cresceu abrangente e interdisciplinar, abarcando problemas tão diversos como a escolha em contextos econômicos, ou a tomada de decisão

<sup>18</sup> GOLDSTEIN, William M; HOGARTH, Robin M. Judgement and decision research: Some historical context. *Research on Judgment and Decision Making: Currents, Connections, and Controversies*, p.1–65, 1997.

<sup>19</sup> GOLDSTEIN, William M; HOGARTH, Robin M. Judgement and decision research: Some historical context, *Research on Judgment and Decision Making: Currents, Connections, and Controversies*, p.1–65, 1997.

<sup>20</sup> THALER, Richard H. *Comportamento Inadequado: a Construção da Economia Comportamental*. Lisboa: Actual, 2016; KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e Devagar - Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

em âmbitos tais como da administração, do direito, da ciência política e do esporte<sup>21</sup>.

Em comum, os diversos modelos de JTD sugerem que há parâmetros normativos sobre como se deve fazer inferências — é o caso da lógica dedutiva clássica, da aritmética e das regras de cálculo probabilístico. Contudo, *não são elas que os humanos usam em situações reais de decisão* — ou, dito de outra forma, no nível descritivo, a racionalidade humana foge aos padrões normativos esperados<sup>22</sup>.

Mais recentemente, numerosos trabalhos vêm apontando que a ocorrência de vieses cognitivos não é um problema que se restringe à dimensão individual. Diversos autores vêm apontando as consequências *sociais* da racionalidade enviesada. Toda uma agenda de atuação de governos com vistas à mitigação dessas limitações cognitivas surgiu nos últimos dez anos — vem daí a proposta do “*nudging*”, ou do emprego de *insights* comportamentais por governos<sup>2324</sup>.

Esse conjunto de achados da literatura em JTD levou a uma série de debates de ordem prática: devemos empreender esforços para corrigir vieses? As heurísticas são estratégias adequadas ou não para se tomar melhores decisões? Governos devem parar de recorrer à racionalidade discursiva e começarem a se valer de estratégias comunicativas que apelem à intuição dos cidadãos? Juízes podem cometer injustiças ao decidirem com base em heurísticas ou intuições inconscientes?

Em comum, essas perguntas despertam algumas questões teóricas de suma importância. Mas nem sempre, entretanto, fica claro o que se quer dizer por “decisão inconsciente”, ou se a valência dos vieses deve ser sempre negativa. Nas Seções seguintes (2.1 e 2.2), tentaremos situar a compreensão desse e de outros termos para a compreensão dessas questões no nível psicológico ou comportamental.

## 2.1 A mente inconsciente

Nas últimas décadas, a compreensão da “mente inconsciente”, em termos cognitivos, isto é, de processamento de informação pelo indivíduo, passou a ser um dos problemas centrais da Psicologia. Pode-se conceituar “inconsciente” como um processo que não está diretamente acessível ao monitoramento ou controle mente consciente. Por sua vez, por “automática” seria possível categorizar uma resposta a um estímulo ambiental não necessariamente resultado da volição ou intencionalidade do agente. Veremos mais sobre isso adiante, mas é importante ressaltar que, nos debates psicológicos, ora esses conceitos aparecem juntos, ora dissociados.

Uma das dificuldades metodológicas de se estudar como processos inconscientes influenciam o processo de tomada de decisão é que eles operam, por definição, abaixo do radar consciente. A linha behaviorista de psicologia experimental era particularmente antagônica em relação ao uso da introspecção como método de pesquisa, propugnando em seu lugar a observação do comportamento. Com o surgimento da Psicologia Cognitiva nos anos 1960, cada vez menos, a Psicologia passou a entender o pensamento como um fluxo de consciência, passando a descrevê-lo em termos de processamento de informações na mente<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> MALLOY-DINIZ, Leandro; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e Tomada de Decisão*. São Paulo: Pearson, 2018.

<sup>22</sup> BARON, Jonathan. *Thinking and Deciding*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.31–34.

<sup>23</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books, 2008.

<sup>24</sup> Além disso, debates prementes da nossa época passam pela compreensão da racionalidade humana. O noticiário recente tem sido prolífico em apontar como consumidores podem estar sujeitos a serem seduzidos pelo marketing sub-reptício, especialmente com o direcionamento altamente preciso das redes sociais (*micro-targetting*); muito se tem debatido como as *fake news* se proliferam com facilidade e corroem as democracias mundo afora; como movimentos anti-intelectualistas como o terraplanismo e o ceticismo quanto a vacinas têm corroído a confiança na ciência, para não mencionar como a necessária e urgente ação coletiva contra o aquecimento global vem sendo substituída pela paralisia decisória de governos.

<sup>25</sup> EVANS, Jonathan St. B. T. *Thinking and Reasoning: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p.7–16.

Foi um trabalho clássico de Timothy Wilson e Richard Nisbett<sup>26</sup> que generalizou essa desconfiança para as demais correntes psicológicas. Uma série de experimentos subsequentes demonstrou que as pessoas não têm acesso aos mecanismos internos pelos quais estímulos ativam respostas comportamentais. Apesar disso, as pessoas são rápidas em encontrar possíveis justificativas sobre o que ocorreu em sua mente. Um dos paradigmas experimentais mais utilizados para esse fim é conhecido como *choice blindness*. Basicamente, o desenho consiste em pedir que o sujeito pesquisado preencha uma tarefa de escolhas entre alternativas; em seguida, o papel preenchido com as respostas é entregue ao experimentador. Sem que os sujeitos se deem conta, o experimentador manipula a folha preenchida, alterando as respostas dadas para o oposto do que havia sido originalmente respondido. Em seguida, o papel é devolvido ao sujeito, pedindo-se que justifique suas escolhas. De forma surpreendente, a maioria das pessoas não só não se dá conta da manipulação, como também tende a justificar decisões contrárias às que originalmente tomou<sup>27</sup>. Trata-se de uma evidência forte de que nossas narrativas sobre processos inconscientes servem mais à autojustificação do que propriamente à investigação isenta da nossa própria mente<sup>28</sup>.

Isso ocorre porque a maior parte do processamento cognitivo é inconsciente, ou seja, existe sem que nos demos conta de sua ocorrência, sem que consigamos relatar *a posteriori*, sem termos autoconsciência plena dele. Na verdade, a maior parte dos nossos comportamentos rotineiros, mesmo os mais complexos, é executada de forma inteiramente automática, de dirigir um automóvel a digitar um texto no teclado, de tomar banho a caminhar — o cérebro opera, em parte, como uma justaposição de “módulos” independentes, altamente especializados. Isso soa profundamente contraintuitivo, mas é facilmente explicável: *porque* somos cegos para os processos inconscientes que dominam nossa mente, tendemos a subestimar sua importância na nossa vida mental<sup>29</sup>.

O quadro que a Psicologia contemporânea desenha, assim, é o de que não temos acesso direto aos próprios processos mentais. Em virtude disso, contrariamente ao que costumam pensar, as pessoas têm muito pouco conhecimento sobre as causas do próprio comportamento. Assim, metodologias de pesquisa que se valem do autorrelato acerca dos processos mentais são inerentemente falhas<sup>30,31</sup>.

Muitas explicações vêm sendo ensaiadas de por que temos tamanha ilusão sobre nós mesmos. Emily Pronin<sup>32</sup> sugere que, como temos acesso ao fluxo introspectivo, tendemos a dar maior peso a ele do que ao comportamento observável quando avaliamos ou compreendemos a nós mesmos. Uma vez que não temos acesso às introspecções alheias, contudo, valemo-nos do comportamento observável das demais pessoas para avaliá-las e julgá-las. Como decorrência disso, tendemos a superestimar nossa própria responsabilidade

<sup>26</sup> NISBETT, R. E.; WILSON, T. D. Telling more than we can know: verbal reports on mental processes, *Psychological Review*, v.84, n.3, p.231–260, 1977.

<sup>27</sup> JOHANSSON, Petter; HALL, Lars; SIKSTRÖM, Sverker, From Change Blindness To Choice Blindness, *Psychologia*, v.51, n.2, p.142–155, 2008.

<sup>28</sup> Nossa ignorância não se limita à percepção dos processos inconscientes. Há mesmo falhas na habilidade metacognitiva, isto é, de saber o quanto se sabe de fato. Uma outra corrente de pesquisas mostrou que as pessoas não têm noção do quanto são ignorantes em geral: as pessoas sempre tendem a se achar talentosas, competentes e detentoras de conhecimento “acima da média”, mesmo havendo provas em contrário — o chamado efeito Dunning-Kruger. Vide KRUGER, Justin; DUNNING, David, Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one’s own incompetence lead to inflated self-assessments, *Journal of Personality and Social Psychology*, v.77, n.6, p.1121–1134, 1999.

<sup>29</sup> DEHAENE, Stanislas *et al.* What is consciousness, and could machines have it?, *Science*, v.358, n.6362, p.484–489, 2017. p.487.

<sup>30</sup> NISBETT, Richard E. *Mindware: Tools for Smart Thinking*, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2015; KOCH, Christof, *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*, Cambridge, Massachussetts: MIT Press, 2012. p.77.

<sup>31</sup> É importante traçar uma distinção bem enfatizada por Stanislas Dehaene: aquilo no qual não se pode confiar é a introspecção enquanto *método de pesquisa*. Todavia, enquanto fonte de dados ou de medida, a introspecção pode ser muito importante. Tanto é assim que várias técnicas empíricas qualitativas consagradas se baseiam no autorrelato como forma de acessar percepções e impressões subjetivas. Também, na pesquisa neurocientífica, a introspecção dos sujeitos de pesquisa pode ser uma valiosa fonte de dados sobre a experiência subjetiva. O que não se pode é contar com a introspecção enquanto método para compreensão do mecanismo de processos mentais, pois humanos são capazes de todo tipo de interpretação *post factum* dos motivos de suas decisões DEHAENE, Stanislas, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, New York: Viking Penguin, 2014, p.12, 42–43.

<sup>32</sup> PRONIN, Emily. The Introspection Illusion. *Advances in Experimental Social Psychology*, v.41, p.1–67, 2009.

quando participamos de uma iniciativa bem-sucedida (“o mérito é meu”), e subestimá-la em caso de fracasso (“a culpa não é minha”). Ademais, é mais fácil enxergar erros, vieses no comportamento alheio do que no nosso, uma vez que é sempre possível produzir uma “boa justificativa” para o que estamos fazendo.

O filósofo Peter Carruthers<sup>33</sup> vai mais longe, pondo em questão a noção mesma de pensamento consciente: para o filósofo, nosso autoconhecimento é sempre uma forma de interpretação *a posteriori* do próprio comportamento observado, para a qual ajustamos nosso relato.

Assim, uma visão mais precisa da racionalidade humana passaria pelo reconhecimento da importância dos processos inconscientes na tomada de decisão — ao lado da admissão de que sabemos muito pouco a respeito deles sem o auxílio da ciência experimental. Sobretudo, é equivocado atribuir a causalidade do nosso comportamento àquilo que acreditamos ser o caso. A psicóloga Ziva Kunda<sup>34</sup> cunhou o termo “raciocínio motivado” para nossa constante capacidade de manobrar nosso raciocínio a reboque da justificação de conclusões que já possuímos de antemão.

Isso não quer dizer que Psicologia contemporânea encare as justificativas como um mero enfeite inútil<sup>35</sup>. Os estudos de Jonathan Haidt<sup>36</sup> no domínio da decisão moral apontam que, em casos difíceis, as pessoas decidem de forma intuitiva. No entanto, mesmo sem serem capazes de, muitas vezes, produzir razões em defesa de suas posições, a necessidade de se justificar pode alterar o curso de ação para outro mais defensável. No mesmo sentido, o trabalho de Philip Tetlock<sup>37</sup> aponta como a necessidade de justificar nossas crenças para os demais (“*accountability*”) pode levar à revisão de crenças iniciais.

A prodigiosa capacidade humana de autojustificação pode estar ligada à necessidade de convencer os pares daquilo em que acreditamos, conferir credibilidade ao que dizemos, e preservar nossa própria reputação. Na visão de Hugo Mercier e Dan Sperber, a existência de um viés em favor das próprias crenças não seria desvantajoso do ponto de vista adaptativo social: primeiramente, porque, mesmo que tenham mais rigor em avaliar as crenças alheias do que as próprias, as pessoas sabem reconhecer e distinguir argumentos fortes de argumentos fracos; e, em segundo lugar, porque, num contexto interacionista e argumentativo, com posições suficientemente diversificadas, o “viés de confirmação” levaria a uma “divisão de trabalho cognitivo”, que enriqueceria o debate coletivo<sup>38,39</sup>.

Em síntese, mesmo que as decisões que tomamos sejam inconscientes, a necessidade de conscientemente justificá-las é uma forte motivação psicológica. Muitos estudos tentaram explicar esse conflito interno em termos de dois sistemas cognitivos operando em paralelo. Vamos agora voltar nosso olhar para esses modelos.

<sup>33</sup> CARRUTHERS, Peter. The Illusion of Conscious Thought. *Journal of Consciousness Studies*, v.24, n.9–19, p.228–252, 2017.

<sup>34</sup> KUNDA, Ziva. The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin*, v.108, n.3, p.480–498, 1990.

<sup>35</sup> É importante registrar que ainda há alguma controvérsia sobre o grau de acesso de relatos verbais aos processos cognitivos internos e sobre a influência de processos inconscientes na tomada de decisão. Para uma revisão abrangente e crítica dos experimentos aqui mencionados, remetemos a NEWELL, Ben R.; SHANKS, David R., Unconscious influences on decision making: a critical review, *Behavioral and Brain Sciences*, v.37, n.1, p.1–19, 2014.

<sup>36</sup> HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v.108, n.4, p.814–834, 2001; HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Pantheon Books, 2012.

<sup>37</sup> TETLOCK, Philip E. *Accountability: the Neglected Social Context of Judgment*, [s.l.: s.n.], 1985.

<sup>38</sup> MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

<sup>39</sup> Hugo Mercier defende a utilização do termo “myside bias”, cunhado por David Perkins, em vez do mais consagrado “viés de confirmação”, por um motivo simples: o viés mapeado pela literatura experimental não é o de “confirmar o que se pensa” apenas, mas também de “desconfirmar” (refutar) aquilo que é contrário à crença inicial. Dito de outra forma, a busca enviesada não é por confirmação de uma crença, mas uma busca enviesada por argumentos que apoiem a própria visão e falsifiquem as que a contrariam. MERCIER, Hugo. Confirmation Bias - Myside Bias. In: POHL, Rüdiger F. (org.). *Cognitive Illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*. 2.ed. New York: Routledge, 2017. p.503.

## 2.2 O programa das heurísticas e vieses e as teorias do duplo processo

Para prosseguir, tentaremos narrar, de forma bastante resumida, a ascensão e o estágio atual das explicações do comportamento humano que se baseiam em dois “sistemas” ou “tipos” de raciocínio no debate psicológico. Vamos retomar o fio histórico que esboçamos no início da Seção 2, especificando as características desses modelos comportamentais.

Herbert Simon, ganhador do prêmio Nobel de Economia de 1978, pode ser considerado um dos fundadores do campo da Economia Comportamental. Como mencionado acima, Simon alertava, já na década de 1950, da insuficiência dos modelos de tomada de decisão prescritivos que vinham sendo utilizados na Ciência da Administração<sup>40</sup>. É de Simon a noção de “racionalidade limitada”, em contraposição a modelos idealizados da racionalidade decisória. Ao contrário do que se propunha, decisões geralmente eram tomadas com informação incompleta e numa situação de premência de tempo, o que não era considerado até então nesses modelos. Para Simon, as restrições do contexto decisório organizacional geralmente resultavam na necessidade de se contentar com decisões “satisfatórias” (*satisficing*), ou boas o bastante, em vez de ótimas ou ideais.

Ao final dos anos 1960 e início dos anos 1970, Daniel Kahneman e Amos Tversky iniciam experimentos com grupos de estudantes, paulatinamente reunindo violações em relação à Teoria da Utilidade Esperada da Economia Neoclássica. Os primeiros achados indicavam que referenciais absolutamente irrelevantes para uma tarefa de estimativa quantitativa poderiam enviesar o resultado indicado pelas pessoas (efeito “ancoragem”). Outro efeito consistente dos seus experimentos é o que as pessoas realizam cálculos probabilísticos em termos de similaridade com estereótipos (“representatividade”) ou pela facilidade com que um evento saliente é recuperado pela memória (“disponibilidade”). Ou, ainda, que a forma de representar uma probabilidade em termos de ganhos ou perdas modificava a resposta das pessoas, mesmo para situações em que o cálculo probabilístico deveria ser o mesmo (efeito “enquadramento”). Uma das maiores contribuições da dupla para o debate econômico, porém, foi a “Teoria do Prospecto”, ou uma formalização do fenômeno de aversão a perdas: as pessoas sentem mais a perda de um valor do que um ganho de valor equivalente, seja porque o ponto de referência importa, seja porque a curva de perdas é mais acentuada<sup>41</sup>.

Os experimentos da dupla Kahneman-Tversky paulatinamente atraíram a atenção do *mainstream* econômico. Ao lado de Richard Thaler — que se notabilizou nos anos 1980 por mapear e demonstrar, experimentalmente, diversos outros fenômenos, ligados especialmente à falta de autocontrole em tarefas de escolha intertemporal e o “efeito dotação”, ou a valorização maior de um bem pelo simples fato de se possuí-lo<sup>42</sup> — seus trabalhos também receberam o reconhecimento do Prêmio Nobel em Economia.

Esse campo de pesquisa inicialmente ficou conhecido como o programa das “heurísticas e vieses”. Buscando sintetizar os achados experimentais, os proponentes da Economia Comportamental criaram uma descrição do comportamento decisório humano nos seguintes termos: diante de problemas excessivamente complexos, e da impossibilidade de uma análise racional-compreensiva abrangente, indivíduos se valeriam de atalhos cognitivos, batizados como “heurísticas”, para solucionar problemas. Essas “heurísticas”, porém, produziriam desvios não ocasionais, mas sistemáticos, em relação à teoria econômica então prevalente — que vieram a ser classificados como “vieses”.

O paradigma das “heurísticas e vieses”, assim, consistia na aplicação de testes envolvendo operações lógicas ou estatísticas, ou estimativas probabilísticas, e verificar o desvio das respostas em relação ao que se esperaria dos parâmetros normativos.

Em paralelo a isso, nos anos 1990, psicólogos cognitivos e sociais vinham se interessando sobremaneira por experimentos que revelavam a prevalência de processos mentais inconscientes, automatismos na cog-

<sup>40</sup> SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v.69, n.1, p.99–118, 1955.

<sup>41</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar - duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>42</sup> THALER, Richard. *Comportamento Inadequado: a Construção da Economia Comportamental*. Lisboa: Actual, 2016.

nição social, atitudes implícitas e outros construtos ligados à tomada de decisão inconsciente<sup>43</sup>. Em 1996, Steven Sloman condensou duas décadas de pesquisa, num artigo que se tornou clássico, sugerindo haver suficientes evidências de que o raciocínio humano opera em dois “sistemas” computacionais distintos e complementares: um capaz de operações lógicas, baseado em regras; o outro, associativo<sup>44</sup>. Essa interpretação dos dados se tornou altamente influente nos vinte anos seguintes, abrindo caminho para as diversas “teorias do duplo processo”.

Num artigo de revisão bem conhecido, Jonathan Evans<sup>45</sup> assim sintetiza essas décadas de pesquisa em heurísticas e vieses: os processos cognitivos podem ser divididos entre aqueles que são, de um lado, rápidos, automáticos e inconscientes; e, de outro, vagarosos, deliberativos e conscientes. Daniel Kahneman, por sua vez, num *best-seller* lançado em 2011, com o sugestivo título “*Rápido e Devagar*”, interpreta os resultados dos experimentos em Economia Comportamental em termos de um “Sistema 1”, rápido, intuitivo, que geralmente levaria a respostas incorretas; e um “Sistema 2”, devagar, que precisaria entrar em cena para corrigir esses erros<sup>46</sup>. Essa interpretação dos achados empíricos de 40 anos de pesquisa parecia ser simples, de fácil descrição, e dar conta de uma plêiade de fenômenos de decisão automática ou inconsciente e aparentes vieses do raciocínio.

As teorias do duplo processo se revelaram tão influentes que passaram a constar não somente em manuais de tomada de decisão<sup>47</sup>, como também se tornaram frequentes nos manuais mais difundidos de Psicologia<sup>48</sup>, sendo aplicadas aos fenômenos psicológicos mais diversos, do cálculo probabilístico à tomada de decisão moral<sup>49</sup>. A ideia de “dois sistemas de raciocínio” esteve por trás da rápida expansão da agenda “*Nudge*”<sup>50</sup>, ou o uso de *insights* comportamentais para o aperfeiçoamento de políticas públicas e da gestão governamental — e passaram a constar de documentos de referência publicados, por exemplo, pelo Banco Mundial<sup>51</sup>. Além disso, passaram a ser utilizadas como marco teórico pelos primeiros pesquisadores empíricos da Psicologia da tomada de decisão judicial<sup>52</sup>.

Contudo, esse paradigma nunca foi totalmente consensual entre os psicólogos. A crítica mais contundente à descrição do comportamento decisório nesses termos vem do psicólogo alemão Gerd Gigerenzer. Em apertada síntese, contrariamente aos economistas comportamentais mais famosos, Gigerenzer tem uma visão otimista do uso das heurísticas. Em diversos experimentos, seu grupo de pesquisadores demonstrou que esses atalhos decisórios rápidos, simples e frugais na verdade funcionam muito bem a maior parte do tempo, e eventualmente apresentam um desempenho superior à utilização de regras do modelo racional-compreensivo ou de parâmetros normativos tradicionais. Propondo o conceito de “racionalidade ecológica”, seu trabalho sugere que a mente é uma “caixa de ferramentas adaptativa”, a qual, nas circunstâncias decisórias corretas, opera com maestria via raciocínio intuitivo<sup>53</sup>. A descrição do “Sistema 1” como “irracional”, ou fonte de erros, seria, assim, incorreta. Para Gigerenzer, boa parte dos resultados dessa literatura de

<sup>43</sup> BARGH, John A.; CHARTRAND, Tanya L. The Unberable Automacity of Being. *American Psychologist*, v.54, n.7, p.462–479, 1999.

<sup>44</sup> SLOMAN, Steven A., The Empirical Case for Two Systems of Reasoning, *Psychological Bulletin*, v.119, n.1, p.3–22, 1996.

<sup>45</sup> EVANS, Jonathan St. B. T., Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition, *Annual Review of Psychology*, v.59, n.1, p.255–278, 2008.

<sup>46</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar - Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>47</sup> HARDMAN, David. *Judgment and Decision Making – Psychological Perspectives*. West Sussex (UK): BPS Blackwell, 2009; BARON, *Thinking and Deciding*.

<sup>48</sup> STERNBERG, Robert. *Psicologia Cognitiva*. 5.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

<sup>49</sup> GREENE, Joshua D. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*, New York: The Penguin Press, 2013; HAIDT, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*.

<sup>50</sup> THALER; SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*.

<sup>51</sup> RELATÓRIO sobre o Desenvolvimento Mundial: Mente, sociedade e comportamento, Washington DC: Banco Mundial, 2015.

<sup>52</sup> GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: How judges decide cases, *Cornell Law Review*, v.93, n.1, p.1–43, 2007.

<sup>53</sup> GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making, *Annual Review of Psychology*, v.62, p.451–482, 2011.

“heurísticas e vieses” de Kahneman e outros são *artefatos*, ou seja, derivam de perguntas mal colocadas, em contextos experimentais artificiais, distanciados dos contextos reais de decisão<sup>54</sup>.

Os estudos de Gary Klein em Tomada de Decisão Naturalística, nos anos 1980, já haviam apontado que seria um equívoco meramente atribuir aos processos intuitivos a responsabilidade pelos erros de raciocínio. Klein e sua equipe investigaram diversos casos reais de decisões difíceis em situações prementes, tomadas por profissionais muito experientes, em diversos campos — bombeiros, controladores de voo, pilotos de avião, jogadores de xadrez, profissionais de saúde, militares etc. Os seus estudos de caso sempre envolviam com alto risco ou risco de morte (*high stakes*), em contextos de informação incompleta (incerta, ambígua ou potencialmente errada), estresse, alta pressão de tempo, e em contextos desestruturados — sem objetivos definidos; sem procedimentos ou tarefas especificados. Eram, assim, situações reais e dinâmicas. Diagonalmente opostas, portanto, ao desenho controlado de experimentos em laboratório. Os pesquisadores descobriram que, nesses casos, tomadores de decisão experientes usam sua intuição para, sem perda de tempo, rapidamente categorizar a situação. As categorias geradas intuitivamente sugeriam cursos de ação suficientemente apropriados (na linha do “*satisficing*” de Herbert Simon) para solucionar eficientemente os problemas, à luz da experiência prévia do profissional.

É importante destacar que, nos modelos de Klein, a intuição não guia tudo, mas é etapa importante do processo de tomada de decisão, que inclui a análise deliberada e analítica caso a situação encontrada não seja similar aos padrões com os quais o decisor está acostumado. Resumidamente, Klein descobriu que, se a estratégia decisória fosse puramente intuitiva, erraria muito diante de situações novas; se fosse deliberativa, seria muito lenta. Em síntese, as pesquisas em Tomada de Decisão Naturalística mostrariam a importância do raciocínio rápido ou automático em decisões altamente complexas<sup>556</sup>.

Além disso, o “Sistema 2”, sozinho, longe de apenas corrigir equívocos e vieses, pode ser o gerador mesmo deles — tomemos o exemplo do já mencionado “raciocínio motivado”, em que se tem um fenômeno deliberado e lento de construção de justificativas para a sustentação de crenças, ainda que sejam absurdas<sup>57</sup>.

Outro problema causado pelas “teorias do duplo processo” refere-se ao fato de como a distinção em dois “sistemas” sugeriu uma diferenciação neuroanatômica que não existe na realidade. O cérebro humano é composto por múltiplos sistemas dissociados, e é extremamente inexato falar que apenas dois deles guiam a tomada de decisão. Keith Stanovich propôs, sem descartá-las de todo, que se falasse em dois “tipos de raciocínio”, e não “sistemas”<sup>58</sup>.

Além disso, as teorias do duplo processo foram, de certa forma, vítimas do seu sucesso, pois tantas foram os formatos e distinções propostas entre os dois “sistemas”, que a sua falta de clareza conceitual ficou evidente. Mais recentemente, as insuficiências desse modelo chegaram a ser admitidas mesmo por seus defensores mais fervorosos, que, progressivamente, tiveram que adotar definições cada vez mais deflacionadas dos dois processos<sup>59</sup>.

Entre as múltiplas objeções às teorias do duplo processo, se enumeram a falta de clareza conceitual entre o que é um processo “autônomo” ou “inconsciente”; e a existência de diversos processos cognitivos que

<sup>54</sup> GIGERENZER, Gerd. The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*, v.5, p.303–336, 2018.

<sup>55</sup> KLEIN, Gary, *Naturalistic Decision Making*. *Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society*, v.50, n.3, p.456–460, 2008; KLEIN, Gary, *Sources of Power: How People Make Decisions*, 20th Anniv. Massachusetts: MIT Press, 2017.

<sup>56</sup> Justiça seja feita a Daniel Kahneman: sua visão pessimista das intuições não o impediu de fazer colaborações com Gary Klein para compreender como funcionam decisores experientes. Em síntese, Kahneman concorda com Klein que em ambientes regulares e estruturados, em que há *feedback* rápido das consequências das decisões, profissionais experientes podem confiar nas intuições como estratégia decisória – mas destaca que, na sua visão, isso não seria o caso em ambientes mutáveis ou imprevisíveis KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar - Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.234–244.

<sup>57</sup> MELNIKOFF, David E.; BARGH, John A. The Mythical Number Two. *Trends in Cognitive Sciences*, v.22, n.4, p.280–293, 2018.

<sup>58</sup> STANOVICH, Keith E. *Rationality & the Reflective Mind*. New York: Oxford University Press, 2011.

<sup>59</sup> EVANS, Jonathan St B.T.; STANOVICH, Keith E. Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate, *Perspectives on Psychological Science*, v.8, n.3, p.223–241, 2013.

podem ser autônomos sem ser inconscientes, e vice-versa; intencionais, mas incontrolláveis e vice-versa; mostrando, enfim, um desalinhamento entre características que seriam típicas do “sistema ou tipo 1” de raciocínio e deveriam ocorrer juntas. Recentemente, assomam-se vozes clamando para o abandono dessa tipologia excessivamente simplista ou meramente especulativa<sup>60</sup>. Interpretações mais atuais dos experimentos clássicos em Psicologia Social chegam a dispensar a necessidade de se falar em dois sistemas para explicar o raciocínio humano<sup>61</sup>.

Em resumo, a partir dessa revisão, conclui-se que, de um lado, há uma extensa literatura psicológica empírica sobre vieses na tomada de decisão. As teorias do duplo processo ainda são as mais consagradas narrativas da decisão humana. Porém, as objeções a elas se acumulam a cada dia. Há quem recuse mesmo a noção de vieses — o raciocínio humano dependeria, sim, do contexto decisório, mas nas condições adequadas, produziria resultados bons o bastante.

Queremos chamar atenção, contudo, não tanto para o debate teórico, que é estimulante e rico em possibilidades. Voltemos àquilo que é consenso na comunidade científica e aos resultados dos testes empíricos. O que eles dizem? Que uma descrição mais precisa da racionalidade humana passa por reconhecer tanto o papel da racionalidade discursiva consciente, quanto das intuições inconscientes. E, em determinadas circunstâncias, processos cognitivos automáticos e inconscientes desempenham um papel determinante. Não há controvérsia sobre o fato de que as pessoas se valem de atalhos cognitivos para conseguir resolver problemas complexos. Em suma, a tomada de decisão humana é mais corretamente descrita tendo em mente as restrições da Racionalidade Limitada, e não os parâmetros normativos da lógica dedutiva clássica ou da estatística.

Assim, independentemente de se demonizar ou não o raciocínio intuitivo, ou de caracterizar ou não seus resultados como sempre enviesados, os estudos sugerem que um desenho realista da Racionalidade humana precisa levar em conta suas restrições. E, para entender quais são eles, precisamos “descer” mais um nível explicativo, e chegar nos fundamentos biológicos da tomada de decisão.

Veremos a seguir explicações biológicas de duas ordens. A primeira, uma tentativa de resposta evolucionista, que busca entender a funcionalidade do modo de tomar decisões do *Homo sapiens* do ponto de vista da Seleção Natural. Essa explicação é particularmente útil enquanto tentativa de narrar a gênese da racionalidade. A segunda trilha explicativa é a da Neurofisiologia, ou o que se sabe hoje sobre a tomada de decisão inconsciente em termos de processamento neural. A explicação neurocientífica tem como principal valor mostrar que a arquitetura do processamento de informação no cérebro traz consequências importantes para a descrição da tomada de decisão, na medida em que explicita suas limitações e seu modo de funcionamento.

### 3 A resposta no nível biológico

Há uma célebre frase do biólogo ucraniano Theodosius Dobzhansky que diz “Nada faz sentido em Biologia a não ser sob a luz da Evolução”<sup>62</sup>. Por trás dessa assertiva, está a premissa de que todo traço ou comportamento complexo não surge *ex nihilo*. Pelo contrário, os mecanismos biológicos resultam de uma longa história em que pressões seletivas do ambiente foram ou favorecendo sua continuidade, ou eliminando-os. Vale destacar, a esse respeito, que nenhum cientista do comportamento sério buscaria entender atualmente a anatomia ou fisiologia de um animal sem adotar esse pressuposto. Com o cérebro, não é diferente: cada

<sup>60</sup> MUGG, Joshua. The dual-process turn: How recent defenses of dual-process theories of reasoning fail, *Philosophical Psychology*, v.29, n.2, p.300–309, 2016; MELNIKOFF; BARGH, The Mythical Number Two.

<sup>61</sup> MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

<sup>62</sup> DOBZHANSKY, Theodosius. Nothing in Biology Makes Sense Except in the Light of Evolution, *The American Biology Teacher*, v.35, p.125–129, 1973.

estrutura ou função neural deriva de milhões de anos de evolução. Assim, não há como responder a uma pergunta “por que existem vieses cognitivos” sem recorrer tanto à Biologia Evolucionista quanto às Neurociências.

Formulando a relação entre os níveis explicativos, o etólogo holandês Nikolaas Tinbergen, num artigo clássico<sup>63</sup>, sugere que se diferenciem, no estudo biológico do comportamento, quatro ordens de problemas. Primeiro, a causação do comportamento, que tem a ver com a explicação neurofisiológica — os pulsos nervosos, os hormônios, as respostas motoras etc., isto é, os mecanismos causais diretos que disparam a ação. Em segundo lugar, também é importante entender a história de vida do indivíduo, ou Ontogenia, isto é, como sua trajetória do desenvolvimento leva à mudança comportamental, à aprendizagem, ao aperfeiçoamento de uma resposta — ou se ela é inata. Em terceiro, deve o biólogo compreender qual a importância desse comportamento para a sobrevivência do organismo — isto é, da ótica da seleção natural, como o comportamento amplia a aptidão (*fitness*) do organismo. Por fim, um quarto problema é como se deu a história da evolução do comportamento naquela espécie, a sua Filogenia. Os dois primeiros problemas são tradicionalmente agrupados como fatores *proximais*, e os dois últimos, como *distais*. Nessa perspectiva, toda explicação completa de um comportamento precisa considerar essas quatro dimensões.

Sendo assim, ensaiaremos a seguir a resposta à pergunta “por que existem vieses cognitivos”, no plano explicativo da Biologia, tanto do ponto de vista *distal*, para o qual recorreremos às explicações evolucionistas; quanto do ponto de vista *proximal*, fundado nos modelos neurocientíficos mais recentes do comportamento decisório.

### 3.1 A explicação evolucionista

Enquanto a literatura tradicional em Julgamento e Tomada de Decisão tentou demonstrar as diversas ocorrências de aparentes “irracionalidades” no comportamento humano, a perspectiva evolucionista começa por questionar essa categorização. Afinal, aceitar que um comportamento ou tipo de raciocínio produza sistematicamente erros ou resultados falhos para o indivíduo conforma um paradoxo do ponto de vista evolucionista: por que, então, ele não teria sido eliminado do *pool* genético ao longo de gerações?

O paradoxo evanesce quando se considera o seguinte: diferentes contextos decisórios podem induzir diferentes respostas. Uma resposta adequada num determinado contexto pode não o ser em outro. Assim, pode ser que respostas tidas como “irracionais”, em ambientes de laboratório ou na realidade contemporânea, tenham um sentido adaptativo no ambiente no qual foram selecionadas<sup>64</sup>.

Para compreender o paradigma evolucionista contemporâneo, é importante recordar que a seleção natural opera sem uma teleologia definida. As mutações genéticas ocorrem de maneira aleatória dentro de cada população. Elas resultam em características que são herdadas pelos descendentes do indivíduo, e se perpetuam ou não, na medida em que podem facilitar ou prejudicar a sobrevivência num determinado nicho ecológico. Dessa forma, são as restrições impostas pelo ambiente que privilegiam características adaptativas, e dificultam a sobrevivência de características menos adaptativas.

Porém, é necessário ter em mente que o “ambiente” é um conceito amplo, que inclui não só questões climáticas ou do bioma, por exemplo. O nicho ecológico de uma espécie inclui sua relação com outras espécies, e também relações intraespecíficas. Animais sociais, como é o caso do *Homo sapiens*, vivem em nichos altamente dependentes da formação de coalizões ou de grupos de sua espécie — seu nicho é social. Assim, há pressões seletivas que favorecem a adoção de determinados comportamentos sociais e culturais. Por sua

<sup>63</sup> TINBERGEN, Nikolaas. On aims and methods of ethology, *Zeitschrift für Tierpsychologie*, v.20, p.410–433, 1963.

<sup>64</sup> WILKE, Andreas; TODD, Peter M. The evolved foundations of decision making. In: DHAMI, Mandeep K.; SCHLOTTMANN, Anne; WALDMANN, Michael R. (org.). *Judgment and Decision Making as a Skill: Learning, Development and Evolution*. New York: Cambridge University Press, 2012.

vez, a cultura é uma poderosa força que molda as condições de sobrevivência, e ela mesma pode criar pressões evolutivas no sentido de tornar ou não adaptativo um comportamento ou característica. É por isso que hoje os cientistas falam em “coevolução genes-cultura”<sup>65</sup> ou na aplicação da lógica darwinista para explicar a dinâmica cultural<sup>66</sup>, derrubando as rígidas barreiras entre as dimensões natural e cultural.

Como se trata de um processo que perpassa várias gerações de organismos, geralmente se tem uma escala temporal de milhares ou milhões de anos por trás da seleção de um traço. Assim, o que cientistas do comportamento fazem para investigar a gênese de características ou comportamentos humanos é reunir evidências sobre o ambiente ancestral de evolução da espécie e colocar à prova a plausibilidade de seus modelos e previsões. As abordagens evolucionistas já foram muito criticadas por serem mera especulação (“*just so stories*”), mas elas cada dia são revestidas de mais credibilidade do ponto de vista metodológico.

Teorias evolucionistas podem ser testadas porque essas evidências existem e podem ser utilizadas para reforçar ou debilitar formulações de cientistas: além da anatomia e da neuroanatomia de seres humanos modernos, são analisados o registro fóssil, são feitas simulações experimentais ou em modelos computacionais, entre outros métodos. Outra fonte de dados são os comportamentos ainda presentes em comunidades tradicionais de caçadores-coletores, cujo modo de vida se alterou pouco mesmo após as Revoluções agrícola e industrial. No caso do *Homo sapiens*, como se trata de uma espécie que tem por volta de 300 mil anos, muitas das características comportamentais podem ter sido selecionadas em espécies ancestrais milhões de anos antes, e estarem presentes também em outras espécies, seja outros primatas, ou mamíferos — e daí as evidências Etológicas ou Primatólogicas podem ser fundamentais para testar as teorias. Por fim, a Genética e a Biologia Molecular podem dar pistas baseadas no que está inscrito no código genético e na dinâmica fisiológica dos organismos<sup>67</sup>.

Há muita resistência em se aceitar ou, de um lado, que eles não sejam subproduto tão-somente da cultura humana; ou, de outro, que eles não sejam derivados de alguma entidade metafísica que dotou nossa espécie de talentos “superiores”. Do ponto de vista científico, porém, há uma profusão de evidências de que, desde nossa capacidade de leitura e aritmética<sup>68</sup>, até nosso comportamento moral<sup>69</sup> resultam de processos de seleção natural.

Nesse ponto, é necessário lançar um olhar menos condescendente às outras espécies animais. Nas últimas décadas, a Etologia, campo que estuda o comportamento animal, tem trazido achados robustos no sentido de que outros animais são dotados de uma complexa capacidade de Julgamento e Tomada de Decisão, alinhados aos desafios que geralmente encontram em seu nicho ecológico.

Estudando elefantes num parque nacional de vida selvagem na Namíbia na época da seca, Leo Polansky e colegas descobriram que algumas manadas tomam a decisão de procurar poços de água específicos, que podem estar localizados a vários quilômetros do seu ponto de partida. Longe de ser um comportamento de tentativa e erro, em 90% das vezes, os elefantes encontram, com facilidade, a fonte de água mais próxima. Contudo, em alguns casos, chegam a se locomover por até 50 km de distância<sup>70</sup>. Esse tipo de decisão envolve um cálculo probabilístico de risco muito importante, pois o deslocamento extenuante para uma fonte de

<sup>65</sup> ALMEIDA, Fabio Portela de. As origens evolutivas da cooperação humana. *Revista DireitoGV*, v. 9, n. 1, p. 243–268, 2013.

<sup>66</sup> STERELNY, Kim. Cultural evolution in California and Paris. *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, v.62, p.42–50, 2017.

<sup>67</sup> TOOBY, John; COSMIDES, Leda. The Theoretical Foundations of Evolutionary Psychology. In: BUSS, David M. (org.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2.ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 1. p.3–87; SIMPSON, Jeffrey A.; CAMPBELL, Lorne, Methods of Evolutionary Sciences. In: BUSS, David M. (org.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2.ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 1. p.115–135.

<sup>68</sup> DEHAENE, Stanislas. *The number sense: how the mind creates Mathematics*. New York: Oxford University Press, 2011; DEHAENE, Stanislas. *Reading in the Brain: the science and evolution of a human invention*. New York: Viking Penguin, 2009.

<sup>69</sup> GREENE, Joshua. *Moral Tribes: emotion, reason, and the Gap between Us and them*. New York: The Penguin Press, 2013.

<sup>70</sup> POLANSKY, Leo; KILIAN, Werner; WITTEMYER, George. Elucidating the significance of spatial memory on movement decisions by African savannah elephants using state–space models. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, v.282, n.1805, 2015.

água esgotada pode ser fatal. Além disso, é uma decisão que recruta uma respeitável habilidade de memória espacial, uma vez que envolve reencontrar as fontes de água mapeadas pelo indivíduo ou pela manada num passado distante.

A sociabilidade de diversas espécies animais também revela um quadro mais complexo do que usualmente se imagina. Estudos em linguagem de primatas no ambiente natural revelam um rico repertório de vocalizações, que varia conforme o contexto, isto é, o “assunto” que precisa ser comunicado<sup>71</sup>. Mais interessante ainda é que diferentes espécies de primatas reconhecem chamados umas das outras, ou seja, existe, em alguma medida, uma comunicação interespecífica<sup>72</sup>. Chimpanzés são capazes de cometer violência e matar membros de outros grupos para obter acesso a recursos naturais<sup>73</sup>. Por outro lado, primatas exibem laços de relacionamento estáveis, comparáveis ao que conhecemos como “amizade”<sup>74</sup>, além de comportamentos de reconciliação após conflito<sup>75</sup>.

Animais domésticos, por sua milenar socialização em meio a humanos, são igualmente capazes de habilidades sociais complexas. Cães sabem quando estão sendo convidados a olhar para onde o humano está apontando<sup>76</sup> e reagem com indignação quando fazem uma tarefa e não são recompensados, ao passo que outro cão recebe a recompensa pela mesma tarefa<sup>77</sup>.

Em laboratório, tanto primatas quanto papagaios cinzentos mostraram habilidades comunicativas e matemáticas que até pouco tempo atrás eram unicamente atribuídas a humanos<sup>78</sup>. Mesmo pombos são capazes de comportamentos flexíveis em tarefas de discriminação, apesar de não possuírem o córtex pré-frontal, estrutura do cérebro humano ligada a essa habilidade<sup>79</sup>. A competência para discriminar quantidades parece estar presente em diversas espécies, de salamandras<sup>80</sup> a formigas, que são capazes de operações aritméticas simples<sup>81</sup>. Recentemente, experimentos sobre o comportamento social em peixes<sup>82</sup> e em baratas<sup>83</sup> vêm mostrando resultados surpreendentes. Há quem alegue que até mesmo moscas de fruta são capazes de aprendizagem social de preferências sexuais, implicando uma forma rudimentar de transmissão de informações não exclusivamente genética, mas “cultural”<sup>84</sup>.

Mas por que seriam tão difundidos na natureza sistemas cognitivos especializados para decisões complexas? Ou, antecipando uma possível objeção a esses estudos: se outras espécies animais são assim tão dotadas de formas de inteligência, por que foram subestimadas por tanto tempo?

<sup>71</sup> CLARKE, Esther; REICHARD, Ulrich H.; ZUBERBÜHLER, Klaus. Context-specific close-range “hoo” calls in wild gibbons (*Hylobates lar*), *BMC Evolutionary Biology*, v.15, n.1, p.1–11, 2015.

<sup>72</sup> ZUBERBÜHLER, Klaus. Interspecies semantic communication in two forest primates, *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, v.267, n. Nov. 1999, p.713–718, 2000.

<sup>73</sup> WILSON, Michael L. *et al.* Lethal aggression in Pan is better explained by adaptive strategies than human impacts, *Nature*, v.513, n.7518, p.414–417, 2014.

<sup>74</sup> ENGELMANN, Jan M.; HERRMANN, Esther. Chimpanzees Trust Their Friends. *Current Biology*, v.26, n.2, p.252–256, 2016.

<sup>75</sup> CLAY, Zanna; DE WAAL, Frans B.M. Sex and strife: Post-conflict sexual contacts in bonobos, *Behaviour*, v.152, n.3–4, p.313–334, 2015.

<sup>76</sup> TÉGLÁS, Ernóblac *et al.* Dogs’ gaze following is tuned to human communicative signals, *Current Biology*, v.22, n.3, p.209–212, 2012.

<sup>77</sup> RANGE, F. *et al.* The absence of reward induces inequity aversion in dogs, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v.106, n.1, p.340–345, 2009.

<sup>78</sup> PEPPERBERG, Irene M.; GORDON, Jesse D., Number comprehension by a Grey parrot (*Psittacus erithacus*), including a zero-like concept, *Journal of Comparative Psychology*, v.119, n.2, p.197–209, 2005.

<sup>79</sup> CASTRO, Leyre; WASSERMAN, Edward A. Executive control and task switching in pigeons, *Cognition*, v.146, p.121–135, 2016.

<sup>80</sup> KRUSCHE, Paul; ULLER, Claudia; DICKE, Ursula. Quantity discrimination in salamanders. *The Journal of Experimental Biology*, v.213, p.1822–1828, 2010.

<sup>81</sup> REZNIKOVA, Zhanna; RYABKO, Boris. Numerical competence in animals, with an insight from ants, *Behaviour*, v.148, n.4, p.405–434, 2011.

<sup>82</sup> BSHARY, Redouan; GINGINS, Simon; VAIL, Alexander L. Social cognition in fishes, *Trends in Cognitive Sciences*, v.18, n.9, p.465–471, 2014.

<sup>83</sup> HALLOY, J. *et al.* Social integration of robots into groups of cockroaches to control self-organized choices, *Science*, v.318, n.5853, p.1155–1158, 2007.

<sup>84</sup> DANCHIN, Étienne *et al.* Do invertebrates have culture? *Communicative and Integrative Biology*, v.3, n.4, p.303–305, 2010.

Uma resposta bastante assertiva vem do primatólogo Frans de Waal: talvez a comunidade científica tenha permanecido todo esse tempo perseguindo as questões erradas. Até pouco tempo atrás, cientistas estudavam animais tendo como parâmetro ou régua o próprio comportamento dos seres humanos. Ou seja, a pedra de toque para avaliar a “inteligência animal” era conduzir experimentos que visassem encontrar manifestações da inteligência humana, da forma como seres humanos resolvem problemas, comunicam-se, percebem o ambiente e uns aos outros, etc. Justamente em virtude de cada espécie habitar um nicho ecológico bastante peculiar, não se pode utilizar o parâmetro de uma espécie para avaliar outra. O nicho de um morcego que voa à noite, utilizando a ecolocalização para encontrar frutas nas árvores, é suficientemente diverso do nosso para que se pretenda fazer comparações imediatas; no entanto, boa parte da pesquisa que se fez com cães, grandes primatas, elefantes ou baleias acabou cometendo esse equívoco. Uma compreensão mais ampla da inteligência animal considera, assim, não a espécie humana como o “ápice”; mas compreende as diversas especializações cognitivas e comportamentos típicos que cada animal possui, diante dos desafios ecológicos que enfrenta<sup>85</sup>.

Numa perspectiva etológica, assim, a tomada de decisão precisa ser vista em termos dos problemas enfrentados no ambiente: a obtenção de comida e água, a escolha de parceiros para reprodução, a sobrevivência diante de predadores, o relacionamento com outros membros da espécie etc. Um mesmo problema pode ser aproximado por diferentes estratégias, algumas mais eficientes do que outras — por diferentes algoritmos ou heurísticas. Soluções eficientes para determinados desafios ambientais tenderiam, no curso da seleção natural, a ser conservadas, expandidas, ou mesmo reaproveitadas na solução de novos problemas. É possível que algoritmos ou heurísticas altamente eficientes se repitam em diferentes espécies, e tenham sido selecionados de forma independente em espécies não relacionadas<sup>86</sup>.

É preciso considerar, ainda, que encontrar heurísticas e vieses presentes em outras espécies, como o caso dos primatas, pode significar que são bastante antigas na evolução, e que há valor adaptativo nelas. No caso das tarefas de escolha intertemporal, por exemplo, em que o indivíduo deve exercer o autocontrole para adiar uma gratificação, e futuramente receber uma recompensa maior, os mesmos vieses encontrados em sujeitos de pesquisa humanos foi encontrado em amostras de primatas. Igualmente, o fenômeno da aversão ao risco, um clássico da literatura em Economia Comportamental, foi replicado em estudos com macacos. Longe de serem “erros”, esses vieses demonstrariam um modo ótimo de tomada de decisão em relação aos *trade-offs* presentes no nicho ecológico de evolução dessas espécies, seguindo uma certa “racionalidade biológica”<sup>87</sup>.

Em síntese, mesmo para organismos mais simples, tarefas complexas como discriminação numérica ou localização espacial precisam ser vencidas mediante o processamento cognitivo do sistema nervoso, motivo pelo qual a tomada de decisão animal é mais elaborada do que se pensa à primeira vista. Esse conjunto de achados convida, no mínimo, que se tenha uma visão mais humilde e menos privilegiada das características exibidas pela espécie humana, como é o caso do pedestal em que se posiciona nossa “racionalidade”. De todo modo, como essa é uma discussão que extrapola o presente trabalho, retornemos especificamente à questão dos vieses.

Não é razoável supor que a tomada de decisão totalmente exaustiva, abrangente e completa exista no ambiente natural, porque ela é excessivamente custosa em termos computacionais e de tempo. A seleção natural tenderia a favorecer formas de cognição que otimizem a eficiência num determinado nicho — e frequentemente, o “satisfatório” (*satisficing*) proposto por Herbert Simon bastaria para se superar um desafio ambiental. Desse modo, a racionalidade, vista numa perspectiva ecológica, seria necessariamente limitada, consistindo em atalhos e simplificações voltados para desafios específicos, e não num sistema de solução de problemas exaustivo, abrangente e completo<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> DE WAAL, Frans. *Are we smart enough to know how smart animals are?* New York: W. W. Norton & Company, 2016.

<sup>86</sup> ADAMS, Geoffrey K. *et al.* Neuroethology of decision-making. *Current Opinion in Neurobiology*, v.22, n.6, p.982–989, 2012.

<sup>87</sup> SANTOS; ROSATI. *The Evolutionary Roots of Human Decision Making*.

<sup>88</sup> STEVENS, Jeffrey R. The Evolutionary Biology of Decision Making. *In*: ENGEL, Christoph; SINGER, Wolf (org.). *Better than*

Com efeito, nessa perspectiva darwiniana, a mente humana estaria sujeita a vieses cognitivos porque, no ambiente de evolução da espécie, por algum motivo, exibi-los podia ser adaptativo. Na mesma lógica de como a coexistência com serpentes pode ter criado pressões evolutivas para a organização do nosso sistema visual, passemos à influente teoria sobre o desenvolvimento cognitivo, a Teoria do Gerenciamento de Erro (“*Error Management Theory*”, EMT), proposta pela cientista evolucionista Martie Haselton, da UCLA<sup>89</sup>.

Já vimos que, do ponto de vista evolucionista, um determinado traço cognitivo é avaliado não somente em termos de sua precisão, velocidade etc., mas em termos de adaptação ao ambiente. Assim, se os vieses cognitivos forem positivos do ponto de vista da aptidão (*fitness*) ou da solução de um problema encontrado no nicho daquele organismo, eles podem ter sido selecionados para executar essa função específica. Seria esse o caso de muitos dos vieses, e é por isso que, da ótica evolucionista, não faz sentido tratá-los como um “erro” ou como “irracionalidade”. Nessa perspectiva, um traço cognitivo adaptativo não pode ser corretamente descrito como uma falha de *design*, mas como uma funcionalidade (*feature*). Para Martie Haselton, vieses cognitivos podem surgir por ao menos três motivos.

Em primeiro lugar, vieses podem ser atalhos cognitivos úteis na maior parte do tempo, embora eventualmente possam falhar. A seleção natural tenderia a favorecer o surgimento e perpetuação desses algoritmos ou heurísticas rápidas porque eles trariam mais benefícios do que desvantagens ao organismo. Ao pouparem recursos necessários para o funcionamento nervoso via processamento mais simples, esses atalhos cognitivos permitiriam melhor alocação energética.

Um segundo motivo é que pode ser que determinados traços cognitivos sejam adaptativos num contexto específico, mas não fora dele. Ora, ao se testar sujeitos em laboratório, os problemas a serem solucionados podem não ser aqueles para os quais a mente humana foi selecionada para resolver. Os vieses seriam, assim, “artefatos” de desenhos experimentais das pesquisas: os traços teriam sido selecionados para uma determinada função, mas resultariam numa performance inferior se retirados dessa função — e pode ser que cientistas estejam testando essa habilidade de forma equivocada. É o caso, por exemplo, do achado que as pessoas têm mais facilidade para resolver em laboratório os mesmos problemas de probabilidade se forem apresentados no formato de frequências (ex: “1 a cada 5 vezes”) do que no formato de probabilidades (ex: “20% das vezes”). O formato de frequências é aquele observável na natureza, daí a maior facilidade das pessoas em raciocinarem nesses termos. Seria também o caso do viés de confirmação, na formulação proposta por Hugo Mercier e Dan Sperber: é um viés que só surgiria ao se utilizar a racionalidade fora do seu ‘ambiente natural’ dialógico, sendo mitigado ao se testar experimentalmente a razão no seu ambiente ‘natural’, interacionista<sup>90</sup>.

O terceiro motivo refere-se ao fato de que respostas enviesadas não são apenas atalhos. Eles poderiam, por algum motivo, resultar em erros menos custosos do que um padrão de resposta não enviesado. Isso porque, no ambiente natural, os erros exibem custos diferentes, que precisam ser “gerenciados” para o menor risco possível.

Vamos esclarecer isso com um exemplo. Suponhamos que um indivíduo esteja em meio à selva e ouça um ruído ambíguo, que pode vir a ser ou não um predador. Ele pode exibir uma resposta automática de fuga, mesmo que não haja predador (risco de falso positivo); ou aguardar para verificar se de fato há uma ameaça (risco do falso negativo). Ora, nesse caso, um viés em favor de não se correr o risco do falso positivo é claramente superior à resposta em que se corre o risco do falso negativo: se, no fim das contas, não houver um predador, o máximo que o indivíduo perdeu foi a energia necessária para uma breve corrida; mas, se houver mesmo um predador, ele poderá ser comido e perder sua vida se nada fizer. Evocando outra imagem

*Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Massachusetts: MIT Press, 2008. p.285–304.

<sup>89</sup> HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The Evolution of Cognitive Bias, *In*: BUSS, David M. (org.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2.ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 2. p.968–987.

<sup>90</sup> MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

visual, o animal que confunde um galho como sendo uma serpente comete um erro inofensivo; mas aquele que crê erroneamente que uma serpente é nada mais do que um galho pode ser fatal<sup>91</sup>.

A “Teoria do Gerenciamento do Erro” propõe, assim, que muitas das falhas de julgamento e avaliação no raciocínio humano decorrem da operação de mecanismos selecionados para privilegiar erros pouco custosos, ainda que frequentes, em vez de erros ocasionais e potencialmente desastrosos<sup>92,93</sup>.

Os proponentes dessa teoria dão diversos outros exemplos em sua defesa<sup>94</sup>, mas tomemos apenas mais um deles, que mais nos interessa. É possível que, no ambiente ancestral de evolução da espécie humana, ter uma postura cautelosa, desconfiada ou agressiva em relação a membros de outros grupos fosse a estratégia menos custosa. Afinal, num mundo de pequenos grupos de caçadores-coletores, a probabilidade de que pessoas de outros grupos disputassem recursos valiosos com os membros do próprio grupo era maior. Assim, o custo de subestimar a ameaça real representada pelo membro do outro grupo superaria o custo de se evitarem interações potencialmente benéficas.

A Teoria do Gerenciamento do Erro explicaria, assim, o viés cognitivo que se tem contra o diferente. Os estereótipos raciais, a xenofobia, a homofobia e outras formas de estigmatização e discriminação derivariam de um mecanismo de autodefesa que, se pode ter feito sentido num passado distante, evidentemente deixou de ser útil num mundo urbanizado, democrático e de sociedades diversificadas e multiétnicas. No entanto, os preconceitos e atitudes implícitas tenderiam a persistir na psicologia humana, se deixados sem um contraponto de aceitação da diversidade e de compreensão dos seus benefícios<sup>95</sup>.

Passemos agora à questão dos mecanismos causais do processamento enviesado de informações no cérebro. Vamos adentrar na discussão neurocientífica.

### 3.2 A explicação neurocientífica

As bases neurais do processo de tomada de decisão são bem conhecidas já há alguns anos. Os experimentos feitos com humanos e animais não humanos buscam coletar dados e modelar como, no cérebro, são codificadas a coleta de informações, a formação de crenças e preferências, a maneira como se dão decisões simples a partir de percepções, ou como se dá a codificação do valor<sup>96</sup>. Não cabe aqui explorar essa rica

<sup>91</sup> JOHNSON, Dominic D P *et al.* The evolution of error: Error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases. *Trends in Ecology & Evolution*, v.28, n.8, p.474–481, 2013.

<sup>92</sup> HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The Evolution of Cognitive Bias. In: BUSS, David M. (org.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2. ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 2. p. 968–987.

<sup>93</sup> É importante ponderar que ainda há muito debate sobre como construir modelos e simulações baseados em explicações evolucionistas para vieses cognitivos, que concernem questões desde a própria definição de “viés”, como determinar “custos e benefícios”, até o que seria de fato um comportamento considerado “otimizador” do ponto de vista adaptativo. Para este debate, vide TRIMMER, Pete C. Optimistic and realistic perspectives on cognitive biases, *Current Opinion in Behavioral Sciences*, v.12, n.1992, p.37–43, 2016; MARSHALL, James A R *et al.* On evolutionary explanations of cognitive biases, *Trends in Ecology and Evolution*, v.28, n.8, p.469–473, 2013.

<sup>94</sup> Vide JOHNSON, Dominic D P *et al.* The evolution of error: Error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases, *Trends in Ecology & Evolution*, v. 28, n. 8, p. 474–481, 2013.

<sup>95</sup> Existem outras explicações evolucionistas para o fenômeno do tribalismo/paróquialismo, ou viés contra o diferente. Uma das teorias é que a cooperação humana depende da preservação dos grupos de cooperadores contra a exploração por outros grupos. O instinto grupal ou etnocentrismo seria universal, assim, porque a distinção entre “nós” e “eles” seria adaptativa GREENE, Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them, p.48–55. Numa leitura alternativa, a facilidade com que seres humanos se agrupam conforme identidades específica resultaria de um viés de reciprocidade — ter uma afiliação ou pertencimento com semelhantes estaria inscrito em nossa psicologia porque tenderíamos, inconscientemente, a supor que a aliança ou socialização com pessoas com mesmos traços, valores, língua etc., tenderiam a ser mais vantajosa BOYER, Pascal. *Minds make societies: How cognition explains the world humans create*. New Haven: Yale University Press, 2018. p.33–52..

<sup>96</sup> PLATT, Michael. Neural correlates of Decision-Making. In:..... *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Massachusetts: MIT Press, 2008. p.125–154; GOLD, Joshua I.; SHADLEN, Michael N. The Neural Basis of Decision Making, *Annual Review of Neuroscience*, v.30, p.535–574, 2007; RANGEL, Antonio; CAMERER, Colin; MONTAGUE, P. Read, A framework for studying the neurobiology of value-based decision making, *Nature Reviews Neuroscience*, v.9, p.545–556, 2008.

literatura, mas vale mencionar que o grau de precisão do conhecimento atual sobre estruturas e funções cerebrais na tomada de decisão é notável. No campo das decisões econômicas, por exemplo, já se tem uma descrição minuciosa das áreas envolvidas na codificação de recompensas<sup>97</sup>, e de como o cérebro emprega, via sinais dopaminérgicos, uma escala unificada que permite tornar comparáveis valores de alternativas decisórias distintas — uma “moeda única” para traduzir valores no cérebro<sup>98</sup>.

No tema que nos interessa aqui, os vieses cognitivos na tomada de decisão, lançaremos um olhar sobre os trabalhos neurocientíficos que fornecem *insights* sobre as restrições decisórias derivadas da estrutura neurofisiológica. Tentaremos mostrar que a racionalidade limitada e as decisões intuitivas derivam da arquitetura mesma do sistema nervoso.

Um ponto em particular merece esclarecimento prévio, porém, já que analisamos as “teorias do duplo processo” na Seção 2: do ponto de vista neurofisiológico, como funciona o processamento automático ou inconsciente? “Automático” e “inconsciente” são a mesma coisa? A partir de que ponto o processamento cognitivo passa a ser “consciente”? Para responder a essas perguntas, é preciso fazer uma aproximação sobre a ciência recente dos substratos neurais da consciência.

Até a década de 1990, a questão da consciência era abordada por Filósofos da Mente, mas não por neurocientistas. Era comum a alegação de que a consciência seguiria sendo um problema indecifrável, e que a ciência jamais reduziria à mecânica naturalística algo tão complexo quanto a experiência subjetiva consciente. O quadro começou a mudar quando ganhadores do Prêmio Nobel, como Francis Crick e Gerald Edelman, imprimiram sua reputação à empreitada de encontrar os “substratos neurais” da consciência, ou, em outras palavras, os padrões neurofisiológicos de ativação típicos de um estado consciente<sup>99</sup>. Nesses últimos 30 anos, vários modelos neurocientíficos da consciência foram analisados, testados e eventualmente abandonados. Vamos focar, a seguir, naqueles que são os mais recentes e difundidos na literatura.

Há hoje duas propostas predominantes na discussão neurocientífica da consciência: a do “Espaço de Trabalho Global”, formulada em fins dos anos 1980 por Bernard Baars e aperfeiçoada por Jean-Pierre Changeux e Stanislas Dehaene<sup>100</sup>, e a da Integração de Informação, de Giulio Tononi, que tem entre seus principais defensores Christof Koch<sup>101</sup>. Em comum, ambas as propostas conceituam a consciência em termos de processamento de informações no cérebro, e entendem que a consciência é necessária para a integração de múltiplos tipos de informação, via conexões neurais de longa distância. Há, assim, uma contraposição entre padrões neurais locais, específicos, e padrões neurais altamente integrados entre diferentes áreas do cérebro, que caracterizariam a experiência consciente. Vamos, a seguir, tentar descrever aspectos importantes de ambos os modelos, deixando de lado suas diferenças teóricas, que não nos interessam aqui.

A primeira distinção importante concerne o que se entende pelo termo “consciência”. Como se trata de um termo usado há séculos, antes do advento da ciência experimental, “consciência” é uma palavra carregada, que padece de polissemia. O que exatamente é um “estado consciente”?

Chris Koch sugere discernir os diversos significados de estar consciente. A definição do senso comum é algo próximo a “estar plenamente acordado” — em contraposição ao sono profundo, ou ao efeito de

<sup>97</sup> PADOA-SCHIOPPA, Camillo; CONEN, Katherine E., Orbitofrontal Cortex: A Neural Circuit for Economic Decisions, *Neuron*, v.96, n.4, p.736–754, 2017; O'DOHERTY, John Michael; COCKBURN, Jeffrey; PAULI, Wolfgang M., Learning, Reward, and Decision Making, *Ssrn*, 2017.

<sup>98</sup> LEVY, Dino J.; GLIMCHER, Paul W. The root of all value: a neural common currency for choice, *Current Opinion in Neurobiology*, v.22, n.6, p.1027–1038, 2012.

<sup>99</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p.5; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.7–8; SETH, Anil K. Consciousness: the last 50 years (and the next). *Brain and Neuroscience Advances*, v.2, p.239821281881601, 2018.

<sup>100</sup> DEHAENE, Stanislas; CHANGEUX, Jean Pierre. Experimental and Theoretical Approaches to Conscious Processing, *Neuron*, v.70, n.2, p.200–227, 2011.

<sup>101</sup> TONONI, Giulio; KOCH, Christof. Consciousness : here , there and everywhere?, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. v.370. p.1–18, 2015.

anestesia ou coma. Para essa distinção, há uma definição médica, comportamental, que se baseia na Escala de Glasgow, uma *checklist* utilizada em pacientes de trauma cefálico. Por sua vez, do ponto de vista filosófico, o “estado consciente” está associado à sensação de se ter a experiência subjetiva consciente — conhecido em Filosofia da Mente como problema dos “*qualia*”. Não foram poucos os filósofos que desafiaram as Neurociências a explicarem essa sensação intraduzível, como a de experimentar subjetivamente uma cor. A definição que mais nos interessa aqui, porém, é a neurocientífica, que tenta especificar os mecanismos fisiológicos mínimos e áreas cerebrais fundamentais para que um estado consciente exista<sup>102</sup>. Lancemos, então, um olhar mais detido sobre essa definição neurocientífica.

Buscando maior precisão conceitual, Stanislas Dehaene sugere que se diferencie “consciência” entre (i) um sentido *intransitivo*, ligado ao estado de estar acordado, em estado de vigília; (ii) um sentido *transitivo*, referente à disponibilidade, pelo sistema cognitivo, de informação — o que permite que se lembre ou relate essa informação discursivamente; e (iii) um sentido *reflexivo*, ou a possibilidade do sistema cognitivo de monitorar e controlar a si próprio — essa percepção de si mesmo é costumeiramente chamada de “metacognição”<sup>103</sup>.

Essa distinção não é apenas meramente conceitual, porém: do ponto de vista neuroanatômico, esses tipos de consciência estão dissociados. O sentido (i) se refere à consciência como vigília, em contraposição ao sono profundo. Está relacionado à atividade de redes neurais do tálamo cerebral que regulam o ciclo do sono e da atenção, cujo funcionamento normal é pressuposto ou requisito para a consciência nos sentidos (ii) e (iii), mas não condição suficiente. Por sua vez, o sentido (iii) está ligado ao autoconhecimento ou à capacidade de pensar sobre a própria mente. A metacognição está ligada à ideia de se “saber que se sabe”, ou “saber que não sabe”, isto é, ao grau de confiança que se tem no próprio conhecimento. Ela é essencial para se detectarem erros e corrigi-los. No meio social, a metacognição é essencial para viabilizar a ação coletiva e resolver conflitos, na medida em que permite que se avalie as próprias percepções, crenças e decisões perante a das demais pessoas<sup>104</sup>.

Vários experimentos mostraram dissociação entre essas funções. É possível, por exemplo, relatar um pensamento sem ter metacognição, assim como há uma série de operações de monitoramento cognitivo que não são conscientemente reportáveis.

Para Dehaene, o segundo sentido (ii) é aquele que caracteriza a consciência por excelência. O acesso consciente, ou disponibilidade de informação, é o cerne do fenômeno. Isso porque o cérebro funciona continuamente processando estímulos, e a maior parte do tempo não nos damos conta disso. Um exemplo interessante é o do burburinho derivado de várias conversas simultâneas numa festa. Geralmente focamos nossa atenção no círculo de conversa em que estamos presentes; porém, se alguém, ao lado menciona nosso nome, imediatamente nossa atenção é lançada para essa outra conversa — inconscientemente, estávamos monitorando todo nosso entorno, mas enquanto o “roteador” da consciência não lançou nossa atenção para a outra conversa, devido a esse estímulo relevante, não nos demos conta disso<sup>105</sup>.

Com efeito, uma descrição mais precisa de como funciona o processamento cognitivo seria a de que existe uma multiplicidade de respostas automáticas que o sistema nervoso é capaz de oferecer a estímulos externos, que funcionam de forma razoavelmente eficiente. Francis Crick e Chris Koch usam a metáfora de um “exército de agentes-zumbi” que desempenham rotineiramente inúmeras tarefas sem supervisão consciente<sup>106</sup>. Porém, rotinas são adequadas a ambientes estruturados e problemas cuja solução é sabida de

<sup>102</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p.34.

<sup>103</sup> DEHAENE *et al.* What is consciousness, and could machines have it? FRITH, Chris D., The role of metacognition in human social interactions, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v.367, n.1599, p.2213–2223, 2012; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. p.8–9.

<sup>104</sup> DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.20–25; FRITH, The role of metacognition in human social interactions.

<sup>105</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p.74–76.

<sup>106</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2012. p.30, 78.

antemão. Um organismo que fosse capaz de meramente responder com automatismos se veria em apuros tão logo uma situação nova ou inesperada surgisse. Quando um novo desafio emerge, assim, a consciência entra em cena, permitindo uma tomada de decisão flexível e um curso de ação melhor adaptado à solução do novo problema.

Nesse sentido, é interessante repassar o que se sabe sobre o processo de aprendizagem. Fiquemos com o exemplo de uma pessoa que aprende a dirigir um automóvel ou a tocar um novo instrumento musical. Inicialmente, o processo de aprendizagem requer esforço, repetição, pois o córtex pré-frontal e o córtex parietal estão registrando e repetindo os padrões de movimento de forma consciente e lenta. Cada comando motor precisa ser compreendido e memorizado. Com a prática, o processamento de informação deixa a região cortical e passa a ser executado pelo cerebelo e por áreas subcorticais, como os núcleos da base. Dirigir ou tocar o instrumento passa a ser fácil, ligeiro, automático — na verdade, a partir de certo ponto, a consciência pode até vir a atrapalhar o desempenho, como o sabem esportistas ou músicos de alta performance<sup>107,108</sup>. Assim, mesmo tarefas extremamente complexas passam a ser executadas sem necessariamente engajar largas porções do córtex, e, portanto, passam por debaixo do “radar” da consciência.

O modelo de Dehaene propõe que, enquanto os diversos módulos cerebrais especializados no processamento de informações sensoriais, motoras etc., atua em paralelo, a consciência é um sistema em série. Ou seja, uma das características típicas do acesso consciente é que cada experiência é selecionada de cada vez. Enquanto diversos módulos continuam processando ininterruptamente informações em nível local, algumas delas são selecionadas e levadas para o “espaço de trabalho”, a partir de onde se tornam globalmente disponíveis para todos os sistemas superiores de tomada de decisão. Essa disseminação flexível de informação é o que caracteriza o estado consciente. Assim, a consciência depende da hierarquia entre áreas cerebrais — informações presentes em grupos de neurônios que as processam, ao atingirem certo limiar, são transmitidas por conexões de longa distância para o “espaço global”, a partir de onde podem ser reenviadas para processamento em outras áreas do encéfalo. A consciência permite, assim, superar a rígida especialização de módulos cerebrais, integrando múltiplos módulos e trazendo formas flexíveis de processar informações e resolver problemas<sup>109</sup>.

Assim, os modelos neurocientíficos mais recentes propõem que um componente crítico da consciência é a existência de conexões recíprocas e de longa distância entre regiões sensoriais de ordem superior, localizadas na parte posterior do córtex, e regiões ligadas ao planejamento e tomada de decisão do córtex pré-frontal, localizado na porção frontal do cérebro<sup>110</sup>. É o compartilhamento massivo de informações de uma ponta a outra do cérebro, especialmente nas áreas corticais, convergindo para uma interpretação unificada e sincrônica, que dá origem à experiência consciente<sup>111</sup>. A consciência, assim, teria a função de sintetizar informações processadas em múltiplos circuitos processadores, retransmitindo esse sinal para outros circui-

<sup>107</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2012. p.80.

<sup>108</sup> A neurocientista Suzana Herculano-Houzel nos oferece um relato pessoal a respeito, em sua coluna semanal: “Semanas atrás, ao me ver com dificuldade de enxergar o braço do violão por causa dos óculos progressivos, sempre na distância errada, meu professor de violão clássico me desafiou a tocar de olhos fechados, ou olhando para longe. Ah, os professores e as pequenas coisas maravilhosas que só eles podem fazer ao nos olhar de fora e enxergar o que não se vê de dentro. Sim, olhar para o que se faz com as mãos é importante no começo, enquanto o córtex parietal aprende a juntar a informação que vem separadamente dos córtices que mapeiam o tato, a propriocepção e a visão das mãos, respectivamente. Tal mapa mental integrado orienta os movimentos e vai atualizando os planos para o que vem a seguir de acordo com o resultado das próprias ações, num círculo virtuoso que só faz melhorar com a prática. Até que a visão, ao se tornar desnecessária para guiar as mãos, começa a atrapalhar. Agora entendo por que Yamandu Costa toca seu violão de sete cordas sempre de olhos fechados. Não é só porque ele pode (bom, talvez seja); é porque, com um certo nível de proficiência, os olhos trazem informação desnecessária que logo se torna intrusiva, ao roubar “banda” no cérebro”. QUANDO se faz mais com menos informação, *Folha de S. Paulo*, 15 de janeiro de 2019.

<sup>109</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p.163–179.

<sup>110</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2012. p.43.

<sup>111</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p.13, 163–179.

tos, de forma global<sup>112</sup>. Disso decorre que não há apenas uma área cerebral responsável pela consciência: ao contrário, ela resulta de redes de neurônios altamente interconectados dentro de diversas regiões, as quais são interconectadas entre si<sup>113</sup>.

Revisando os estudos publicados nas duas últimas décadas empregando técnicas de neuroimagem, lesões cerebrais, de estimulação sensorial e de estímulos subliminares, Stanislas Dehaene identifica quatro “assinaturas” neurais dos processos conscientes: a ignição de circuitos frontais e parietais, ondas P3 identificáveis via eletroencefalografia, oscilações de alta frequência na banda gama e sincronização de troca de informações entre áreas cerebrais distantes<sup>114</sup>. Mais do que “correlações”, essas características são necessárias e suficientes para a experiência consciente. Dito de outra forma, se o pesquisador mede sua ocorrência mediante técnicas de neuroimagem, é possível afirmar que o sujeito está tendo uma experiência consciente. Esse tipo de pesquisa é de suma importância, pois permite, por exemplo, que se utilizem técnicas de neuroimagem para identificar se pacientes em coma ou estado vegetativo, incapazes de se comunicar verbalmente ou por gestos, conservariam sua capacidade de consciência, mesmo se, naquele momento, não estejam em condições de se expressar com o mundo exterior<sup>115</sup>.

Existem áreas subcorticais profundas cujo funcionamento regular é um requisito mínimo para a ocorrência de estados conscientes, localizadas no tronco encefálico — lesões mínimas ali podem comprometer permanentemente a consciência<sup>116</sup>. Muitos dos avanços nas Neurociências se deram mediante o estudo de lesões graves que comprometeram determinadas funções cerebrais, pois permitem traçar correlações anatômicas e funcionais. Assim, parte significativa do estudo sobre os correlatos neurais da consciência se baseia em pesquisas com pacientes com estados de consciência comprometidos, ou seja, em coma, estado vegetativo ou em estado minimamente consciente.

Compreender como funciona a consciência é importante para que se tenha ideia das limitações impostas por essa arquitetura cognitiva. Uma consequência dessa descrição de como a mente humana funciona é o reconhecimento de que muitos dos nossos processos cognitivos são inconscientes — nossas decisões cotidianas derivam de uma mescla de processos conscientes e inconscientes, que prevalecem cada qual num determinado momento<sup>117</sup>.

Um debate que ainda está em aberto concerne as relações entre emoções e consciência. Chris Koch, por exemplo, dispensa as emoções como desnecessárias ao fenômeno consciente, argumentando que, estando feliz ou triste, a pessoa pode estar igualmente consciente ao chamejar os dedos no fogo de uma vela que queima<sup>118</sup>. Numa perspectiva diametralmente oposta, outros neurocientistas sugerem que as emoções e os sentimentos (*feelings*) são a substância mesma a partir da qual a experiência consciente é formada<sup>119</sup>. Experimentar um estado consciente seria, antes de tudo, uma experiência de ordem afetiva, de sentir afetos<sup>120</sup>. Assim, o substrato neural essencial da consciência estaria não em áreas corticais mais externas e recentes na evolução, mas em áreas subcorticais profundas, antigas na evolução das espécies.

<sup>112</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p. 105.

<sup>113</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p. 54.

<sup>114</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p. 115-140.

<sup>115</sup> DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. p.212–233.

<sup>116</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p. 73

<sup>117</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p.88; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.53.

<sup>118</sup> KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012. p. 39.

<sup>119</sup> PANKSEPP, Jaak; BIVEN, Lucy, *The Archaeology of Mind: Neuroevolutionary origins of Human emotions*, New York: W. W. Norton & Company, 2012. p.389–416; DAMÁSIO, António. *A Estranha Ordem das Coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*, Lisboa: Círculo de Leitores, 2017, p.203–224.

<sup>120</sup> SOLMS, M.; FRISTON, K. How and Why Consciousness Arises: Some Considerations from Physics and Physiology, *Journal of Consciousness Studies*, v.25, n.5–6, p.202–238, 2018.

Disso decorre que, nessa perspectiva, mesmo outras espécies animais não possuindo a sofisticada capacidade de metacognição humana, seriam capazes de experiências conscientes básicas como nós<sup>121</sup>. Ora, sendo a consciência um fenômeno de base neurofisiológica, que confere um ganho adaptativo ao organismo, o qual passa a ter à disposição cursos de ação flexíveis, de fato pode estar presente em maior ou menor grau em outros seres além da espécie humana, contanto que apresentem o aparato neurofisiológico adequado. E, de fato, diversos neurocientistas e biólogos admitem, explicitamente, essa hipótese em outros animais, que vão de outros mamíferos e até mesmo em invertebrados como polvos, ainda que de forma mais rudimentar<sup>122</sup>.

Ainda na linha de derrubada de crenças antigas infundadas, estudos recentes contribuem para demolir uma concepção que foi por décadas sustentada por alguns filósofos, de forma equivocada: a de que o raciocínio esteja necessariamente ligado à linguagem discursiva, ou de que a linguagem verbal componha a estrutura básica do raciocínio. Pelo contrário, há robustas evidências de que o cérebro trabalha com diferentes linguagens, e que boa parte do raciocínio pode ocorrer de forma dissociada de qualquer elaboração discursiva. No caso da realização de operações matemáticas, estudos mostram a ativação de áreas relativas a magnitudes e raciocínio espacial, passando ao largo de regiões ligadas à linguagem<sup>123</sup>. Essa concepção de como opera o raciocínio na mente humana é coerente com relatos biográficos de como artistas e criadores trabalham. Até mesmo a solução de teoremas matemáticos altamente complexos e o processo criativo ou inovador podem resultar de raciocínios ou inferências que independem de quaisquer formulações discursivas<sup>124</sup>.

Por fim, essa compreensão naturalística dos processos cognitivos abre novas possibilidades para que se entenda que, como todo sistema resultante de um processo de seleção natural, a mente humana é resultado de pressões específicas de nichos ecológicos passados, que levaram à alocação de recursos escassos conforme as necessidades encontradas. Vem daí a noção de que a mente humana evoluiu um processo que foi selecionando algumas características em detrimento de outras, como se estivesse fazendo *trade-offs*, ou escolhas difíceis.

Todo sistema computacional artificial ou biológico enfrenta *trade-offs*. Isso significa que, em sistemas cognitivos, aperfeiçoar uma característica pode vir a custo de outra: sistemas mais flexíveis são menos robustos e mais frágeis; um sistema mais robusto, estável e resistente a danos e perturbações pode perder em eficiência e flexibilidade; e assim em diante<sup>125</sup>. Vejamos o caso das heurísticas que analisamos: elas são eficientes, mas pouco flexíveis a mudanças de contexto. Essas limitações estruturais exigem que o sistema cognitivo consiga, com o menor uso de recursos possível, ajustar as necessidades do organismo à sua capacidade de resposta.

<sup>121</sup> Não cabe aqui examinar, mas é importante mencionar a influente Teoria de Karl Friston, que parte do conceito do “princípio de energia livre”. Propondo uma inversão na forma de interpretar os estímulos sensoriais, Friston propõe que, para manter a homeostase e reduzir a entropia interna, o cérebro está constantemente lançando inferências para o mundo exterior, de modo a verificar sua pertinência e, em caso contrário, ajustar o comportamento do indivíduo. Desvios na homeostase geram *afetos* negativos, registrados na consciência do organismo, que precisam ser corrigidos, isto é, de resposta comportamental *Ibid.*; FRISTON, Karl, The free-energy principle: A unified brain theory?, *Nature Reviews Neuroscience*, v.11, n.2, p.127–138, 2010; SETH, Consciousness: The last 50 years (and the next)..

<sup>122</sup> KOCH. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*, p.35–36; GODFREY-SMITH, Peter, *Other Minds: The Octopus, the Sea, and the deep origins of Consciousness*, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2016; PANKSEPP; BIVEN, *The Archaeology of Mind: Neuroevolutionary origins of Human emotions*; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.244–253; DAMÁSIO, *A Estranha Ordem das Coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*.

<sup>123</sup> AMALRIC, Marie; DEHAENE, Stanislas, Origins of the brain networks for advanced mathematics in expert mathematicians, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v.113, n.18, p.4909–4917, 2016; MONTI, Martin M.; PARSONS, Lawrence M.; OSHERSON, Daniel N. Thought Beyond Language: Neural Dissociation of Algebra and Natural Language, *Psychological Science*, v.23, n.8, p.914–922, 2012.

<sup>124</sup> NISBETT, *Mindware: Tools for Smart Thinking*, p.58–61; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.80–88.

<sup>125</sup> DEL GIUDICE, Marco; CRESPI, Bernard J. Basic functional trade-offs in cognition: An integrative framework, *Cognition*, v.179, n.1, January, p.56–70, 2018.

Como resultado da seleção natural, o cérebro se vale de sistemas pré-existentes para computar novos estímulos e resolver novos problemas — é o processo conhecido como “reciclagem neural”<sup>126</sup>. Assim, por exemplo, quando os neurônios “aprendem” a fazer um cálculo probabilístico, eles não aprendem segundo a lógica de um parâmetro normativo, mas a partir da dinâmica interna de aprendizagem do sistema nervoso, que depende essencialmente da direção da atenção do indivíduo, dos seus circuitos de recompensa etc.<sup>127</sup>.

Como vimos, do ponto de vista neurofisiológico, a maioria das decisões humanas ocorre abaixo do nível consciente. Se isso explica a prevalência de processos inconscientes, porém, não satisfaz à pergunta de por que, no processamento de informação no cérebro, ocorreriam desvios sistemáticos, os vieses. Para explicar os mecanismos causais de vieses e ao propor modelos matemáticos de julgamento e tomada de decisão, diversos pesquisadores têm recorrido ao conceito de ruído neural<sup>128</sup>.

Há várias camadas de ruído no processamento cognitivo. Elas vão desde o nível atômico, em que a flutuação elétrica no átomo se dá de forma aleatória, até o nível das redes neurais, em que a dinâmica de transmissão de sinal pode produzi-los. O cérebro não opera em condições teoricamente ideais — pelo contrário, é um sistema biológico em que os canais de transmissão de informações não operam de forma ótima ou perfeita. Em cada uma das etapas de processamento cognitivo, o ruído se faz presente, aumentando de forma exponencial a estocasticidade da resposta<sup>129</sup>.

O ruído é onipresente na constituição mesma do sistema nervoso. Dos neurônios sensoriais que captam sinais, aos neurônios motores que controlam nossos músculos, há flutuações mínimas nos potenciais de ação disparados adiante. O bater do coração e os fluxos da respiração são levemente variáveis; as moléculas de água e outras substâncias se agitam levemente; a temperatura pode conter variações mínimas que interferem nos sinais conduzidos pelos neurônios. Tudo isso pode induzir oscilações nos sinais cerebrais, e isso é um dos motivos por que modelos completamente determinísticos falham ao se tentar compreender o comportamento humano<sup>130</sup>.

Outros *insights* sobre as origens do ruído podem ser obtidos na literatura de tomada de decisão perceptual, que se baseia em experimentos feitos com humanos e primatas<sup>131</sup>. Esses experimentos geralmente consistem em tarefas simples de escolha, em que a estímulos visuais correspondem comportamentos de escolhas simples, como direcionar o olhar para um determinado ponto. Como essas tarefas são desempenhadas com medição paralela de sinais neurais, eles fornecem indícios de qual a dinâmica computacional de escolhas simples no cérebro.

Os resultados dessa literatura apontam que o ruído pode ser atribuído à própria dinâmica de transmissão de sinais elétricos das sinapses neurais. Há muito os neurocientistas computacionais sabem que as descargas neurais são levemente irregulares e estocásticas. Como cada neurônio é ligado com um imenso número de

<sup>126</sup> DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014. p. 107.

<sup>127</sup> SOLTANI, Alireza *et al.*, Neural substrates of cognitive biases during probabilistic inference, *Nature Communications*, v.7, p.1–14, 2016.

<sup>128</sup> HILBERT, Martin, Toward a synthesis of cognitive biases: How noisy information processing can bias human decision making, *Psychological Bulletin*, v.138, n.2, p.211–237, 2012.

<sup>129</sup> PLATT, Michael. Neural correlates of Decision-Making. *In: Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008. p.125–154.

<sup>130</sup> KOCH, *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*, p.100; DEHAENE, *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*, p.141, 190.

<sup>131</sup> A Neuroeconomia é caudatária de duas tradições de estudos, os da tomada de decisão perceptual (*perceptual decision making*), ligada à antiga tradição da Psicofísica, e que analisam como estímulos sensoriais variáveis e estocásticos são processados como base para decisões; e aqueles de tomada de decisão valorativa (*value-based decision making*), mais ligados à dinâmica de formação de preferências e à aprendizagem por recompensas, que são mais próximos à tradição microeconômica. Ambas as tradições fornecem *insights* distintos para a compreensão dos mecanismos neurais por trás de decisões complexas. Para os interessados nessa temática, remetemos aos capítulos 19 e 20 de GLIMCHER, Paul W.; FEHR, Ernst, *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*, 2nd.ed. New York: [s.n.], 2014. e aos trabalhos de GOLD; SHADLEN, The Neural Basis of Decision Making; RANGEL; CAMERER; MONTAGUE, A framework for studying the neurobiology of value-based decision making; PLATT, Neural correlates of Decision-Making.

outros neurônios, é preciso equilibrar pulsos excitatórios e inibitórios. É como se o neurônio medisse a média de pulsos dos neurônios adjacentes para então disparar seu sinal adiante. Isso leva à maior eficiência, mas também à perda de fidelidade do sinal. Ou seja, essa compensação, feita pelos próprios neurônios, faz com que os sinais neurais sejam transmitidos não de forma exatamente padronizada, mas com ruído<sup>132</sup>.

Mesmo antes da transmissão de sinais, a própria percepção pode levar ao ruído. Os sinais percebidos nem sempre são inequívocos: é comum que os estímulos sensoriais tenham algum grau de ambiguidade. Assim, a computação em cada módulo cerebral responsável por seu processamento pode oscilar, até ir progressivamente convergindo num determinado sentido, atingir o limiar, e passar o sinal adiante. Não é por acaso, assim, que existem decisões perceptuais que são mais rápidas e fáceis, ao passo que outras são lentas e difíceis: diante de estímulos ambíguos, os sinais neurais são mais fracos, e é necessária maior acumulação de evidências e mais tempo para uma resposta.

Vamos explicar melhor esse ponto. Nos modelos correntes de decisão perceptual, o momento da escolha é precedido pela acumulação de evidências em redes neurais. Os neurônios computam informações em módulos separados, mas existem outras áreas cerebrais que integram essas computações de cada módulo. Essas informações se referem não apenas aos possíveis cursos de ação, mas também ao tempo de resposta necessário e à “confiança” que os neurônios possuem em relação a determinado curso de ação. Isso faz sentido, quando se pensa que uma resposta a um problema depende não só do que se sabe a partir da percepção e da memória, mas também da urgência ou não de se tomar uma decisão e da certeza ou não em relação ao que se sabe. Assim, diferentes redes neurais fazem computações distintas, e uma outra área, por sua vez, integra todos esses cálculos referentes a uma mesma decisão. Essas diferentes “assembleias de neurônios” vão oscilando, acumulando essas evidências; após atingir um determinado limiar, o sinal é passado adiante, até que, na área integradora, a escolha em favor de uma determinada opção prevalece<sup>133</sup> (Shadlen & Kiani, 2013).

Uma descrição mais visual do processamento de informações em decisões complexas seria: o pensamento consciente opera em série, isto é, com acesso consciente a um estado de cada vez. Porém, múltiplos módulos cognitivos operam simultaneamente em paralelo; apenas eventualmente alguma informação passa desses módulos em paralelo para o processamento consciente, com funções executivas centrais, que é de domínio-geral, e computa de forma flexível esses *inputs* de módulos específicos<sup>134</sup>.

É importante salientar que todas essas computações ocorrem em áreas neurais que são arquitetonicamente dispostas, de modo a favorecer determinados cálculos. Da mesma forma que existem áreas cerebrais especializadas, porque a disposição de neurônios favorece o processamento de um determinado estímulo — sensorial, motor etc. —, existem informações que são processadas com maior ou menor facilidade. Este é um ponto fundamental: a seleção natural favorece determinados tipos de resposta, fazendo com que sejam atingidas com maior facilidade, do que outras. Voltando ao exemplo do medo instintivo de serpentes, é razoável supor que o cérebro humano tenha extrema facilidade em passar adiante um sinal de medo diante de uma serpente, porque, do ponto de vista evolucionista, a rapidez no processamento desse estímulo era uma questão de vida ou morte.

Há uma nova corrente de estudos que questiona se apenas o ruído seria responsável por decisões subótimas. Uma linha alternativa sugere que, mais do que o ruído interno, o sistema nervoso padece de significativa imprecisão ao fazer inferências. Esses modelos computacionais apontam que, em decisões diante de estímulos ambí-

<sup>132</sup> SHADLEN, Michael N.; KIANI, Roozbeh, Decision making as a window on cognition, *Neuron*, v.80, n.3, p.791–806, 2013.

<sup>133</sup> Michael Shadlen e Roozbeh Kiani sugerem, inclusive, que uma explicação possível para boa parte dos nossos comportamentos ser inconsciente é que, no nível das redes neurais, pode ser que o limiar para um sinal neural atingir a consciência seja muito superior ao limiar cujo cruzamento é necessário para uma resposta comportamental. Dito de outra forma, as redes neurais vão passando sinais adiante, à medida que os limiares são atingidos; mas sem chegar num nível suficientemente elevado, mesmo havendo resposta comportamental, não há tomada de consciência da ação (vide SHADLEN, Michael N.; KIANI, Roozbeh, Decision making as a window on cognition, *Neuron*, v. 80, n. 3, p. 791–806, 2013, p. 797).

<sup>134</sup> CISEK, Paul, Making decisions through a distributed consensus, *Current Opinion in Neurobiology*, v.22, n.6, p.927–936, 2012; DEHAENE, Stanislas; SIGMAN, Mariano, From a single decision to a multi-step algorithm, *Current Opinion in Neurobiology*, v.22, n.6, p.937–945, 2012.

guos, a limitação na precisão dos cálculos neurais é a principal causa de variação na resposta<sup>135</sup>. Para o que nos importa, porém, ainda que por um motivo distinto, esses pesquisadores também situam a origem neurofisiológica dos vieses nas limitações inerentes à forma como se dá a computação neural. O ruído neural pode ser visto como uma decorrência do mundo, que é mutável: os estímulos que o organismo recebe nem sempre são claros e inequívocos, porque os estados das coisas são sempre dinâmicos. Longe de serem um “erro”, as computações variáveis estão relacionadas a uma indeterminação inerente ao comportamento humano num mundo variável<sup>136</sup>.

Sendo assim, talvez seja equivocado frisar o aspecto da “imperfeição”, “imprecisão” ou da “irregularidade” do ruído neural. Uma das hipóteses que se discute é que o ruído neural seja, na verdade, funcionalmente benéfico, ao facilitar a transmissão de sinais<sup>137</sup>. Outro argumento é de que o ruído confere flexibilidade ao comportamento — o que, do ponto de vista evolucionista, poderia ser adaptativo<sup>138139</sup>.

Nesse ponto, podemos retomar o argumento evolucionista esboçado na Seção anterior, reunindo-o com a dinâmica neurofisiológica da decisão aqui examinada. Vimos que, do ponto de vista neural, estímulos ambíguos podem resultar em respostas com certo nível de indeterminação. A depender do nicho ecológico do organismo, respostas enviesadas num determinado sentido podem ser adaptativas. Ou seja, vieses cognitivos podem ser ótimos em determinados ambientes para os quais foram selecionados, mesmo que em outros contextos eles pareçam induzir a erros. Fiquemos em alguns exemplos. O viés de confirmação pode funcionar mal em ambientes mutáveis e diversificados, mas pode ser altamente funcional em ambientes estruturados e previsíveis. Por sua vez, em ambientes intensamente mutáveis, a primazia do processamento de informações adquiridas mais recentemente (viés de recência) pode resultar em computações mais precisas<sup>140</sup>. Em ambientes ameaçadores e hostis, o viés de otimismo, que subestima más notícias e superestima boas notícias, pode ser crucial para manter a performance do indivíduo na luta pela sobrevivência<sup>141</sup>.

Evidentemente, estamos tratando aqui de um nível explicativo muito fundamental, em que flutuações elétricas em sinais que correm em axônios cobertos por mielina levam a uma dinâmica computacional específica. Nesse sentido, seria prematuro extrair daqui muitas conclusões sobre a decisão humana num nível “macro”, a não ser a de que existem restrições *de ordem biológica* para a otimização de decisões. Em síntese, a racionalidade humana é limitada porque o sistema biológico de processamento não é uma máquina perfeita. Dito de outra forma, os limites da tomada de decisão humana derivam de uma determinada arquitetura neural, a qual é próxima daquela de outras espécies animais, e que está sujeita ao ruído e a uma fundamental indeterminação.

## 4 Aplicações práticas no campo do Direito

Os modelos apresentados nas Seções anteriores levantam algumas questões e indicam caminhos particulares do ponto de vista das aplicações práticas no âmbito jurídico. A seguir, vamos levantar algumas dessas

<sup>135</sup> DRUGOWITSCH, Jan *et al.*, Computational Precision of Mental Inference as Critical Source of Human Choice Suboptimality, *Neuron*, v.92, n.6, p.1398–1411, 2016; BECK, Jeffrey M. *et al.*, Not Noisy, Just Wrong: The Role of Suboptimal Inference in Behavioral Variability, *Neuron*, v.74, n.1, p.30–39, 2012.

<sup>136</sup> GLIMCHER, Paul W. Indeterminacy in Brain and Behavior. *Annual Review of Psychology*, v.56, n.1, p.25–56, 2005.

<sup>137</sup> MCDONNELL, Mark D; WARD, Lawrence M. The benefits of noise in neural systems: bridging theory and experiment. *Nature Reviews Neuroscience*, v.12, n.July, p.415–425, 2011; DRUGOWITSCH *et al.* Computational Precision of Mental Inference as Critical Source of Human Choice Suboptimality.

<sup>138</sup> PLATT, Michael. Neural correlates of Decision-Making. *In: Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008. p.125–154.

<sup>139</sup> Há, porém, outra hipótese ainda em debate: pode ser que o que os cientistas chamem de ruído seja apenas derivado da limitação dos métodos de medição dos sinais cerebrais atualmente disponíveis. Vide, por exemplo, HUK, Alexander C.; HART, Eric, Parsing signal and noise in the brain, *Science*, v.364, n.6437, p.236–237, 2019.

<sup>140</sup> DRUGOWITSCH *et al.*, Computational Precision of Mental Inference as Critical Source of Human Choice Suboptimality.

<sup>141</sup> LEFEBVRE, Germain *et al.* Behavioural and neural characterization of optimistic reinforcement learning. *Nature Human Behaviour*, v.1, n.4, p.1–9, 2017.

questões, bem como indicar como, na literatura recente, vêm sendo apresentadas as consequências potenciais das interfaces do Direito com a Psicologia e as Neurociências.

Em primeiro lugar, a narrativa referente à tomada de decisão judicial precisa dar conta da onipresença dos vieses inconscientes. Contudo, é válido perguntar: se os vieses são produto de uma arquitetura cognitiva específica, talhada pela seleção natural; se muitos deles não são propriamente uma mostra de “irracionalidade”; se estratégias que se valem de heurísticas eventualmente podem ocasionar uma performance superior; se vários daqueles vieses apontados pela literatura podem derivar da estrutura das tarefas e da forma como problemas são formulados mais do que de “erros”, então, por que deveríamos nos preocupar com eles?

Particularmente no caso da tomada de decisão juridicamente relevante, será que não seria possível discernir vieses que podem ocasionar injustiças — por exemplo, o viés discriminatório de raça ou de gênero — daqueles que poderiam eventualmente fazer a Justiça funcionar melhor?

São exemplos de questões complexas, que merecem ser melhor debatidas. Um ensaio de resposta poderia insistir que o Direito é, por excelência, um código normativo. Isto é, seus parâmetros fixam o que é uma decisão justa e imparcial, do que é a avaliação de um conjunto probatório, princípios como da legalidade e da isonomia etc. — parâmetros nos quais a questão dos vieses cognitivos pode ter influência.

Todavia, conforme vimos, como magistrados são “tomadores de decisão” altamente experientes, como sugerido por Gary Klein<sup>142</sup>, eles tendem a heurísticas para acelerar a solução de casos. Estudos empíricos sugerem, aliás, que é o caso: as decisões judiciais são encaminhadas na prática segundo algoritmos simples, mais do que numa análise abrangente do conjunto probatório<sup>143</sup>. Disso não decorre que essas heurísticas sejam adequadas ao ideal normativo — isso seria uma conclusão apressada e errônea. Afinal, o ambiente ancestral em que os vieses foram selecionados apresentava contextos decisórios bastante específicos, e muito distintos daqueles que encontramos em nossa sociedade. Mesmo sendo adaptativas naquele contexto, heurísticas como aquela que levam a uma discriminação de pessoas diferentes do nosso grupo não são adequadas à sociedade contemporânea. Não é de admirar que, do ponto de vista psicológico, exista na prática dos sistemas jurídicos diversos vieses discriminatórios que reforçam desigualdades, ou que punem indiscriminadamente certos grupos e não outros.

Na área jurídica, é comum que tomadores de decisão precisem reapreciar suas próprias decisões pré-teritas — pensemos num magistrado ao qual se submetem Embargos de Declaração — ou que possam estar condicionados por decisões de atores que compareceram antes ao processo — como é o caso de um promotor em cujas mãos chegue um relatório de autoridade policial. Como já apontamos anteriormente, trata-se de algo corriqueiro na lógica processual, mas que pode ser problemático se pensamos no processo em termos de garantias como a de ampla defesa e contraditório<sup>144</sup>.

Um dos achados mais consistentes da literatura sobre tomada de decisão é que as pessoas, mesmo as mais experientes, competentes e inteligentes, tendem a não enxergar ou a subestimar os próprios vieses<sup>145</sup>. Por serem inconscientes, não são detectados, e assim, sua influência é subestimada. Assim, compreender por que existem vieses é importante também para que se dê conta da sua onipresença.

Recentemente, duas estratégias vêm sendo defendidas para lidar com os vieses e seus impactos institu-

<sup>142</sup> KLEIN, Gary. *Sources of Power: how people make decisions*. 20th Anniv. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2017.

<sup>143</sup> DHAMI, Mandeep K, Psychological models of professional decision making Psychological models of professional decision making, *Psychological Science*, v.14, n.2, p.175–180, 2003.

<sup>144</sup> Vide KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E.; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v.2, n.1, p.42–52, 2013; MACLEAN, Carla L.; DROR, Itiel E. A Primer on the Psychology of Cognitive Bias. In: KESSELHEIM, Aaron S.; ROBERTSON, Christopher T. (org). *Blinding as a Solution to Bias*. London: Academic Press, 2016. p.13–24; BENFORADO, *Unfair: The new science of criminal injustice*.

<sup>145</sup> WEST, Richard F.; MESERVE, Russell J.; STANOVICH, Keith E. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot, *Journal of Personality and Social Psychology*, v.103, n.3, p.506–519, 2012; KRUGER; DUNNING, Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one’s own incompetence lead to inflated self-assessments.

cionais: técnicas de conscientização dos tomadores de decisão com vistas ao “desenviesamento” (*debiasing*)<sup>146</sup> e a substituição de tomadores de decisão humanos por algoritmos treinados em *machine learning*<sup>147</sup>. Ambos os caminhos, porém, não são isentos de problemas: críticos vêm apontando que as técnicas de *debiasing* nem sempre são eficazes, e os algoritmos podem assimilar e perpetuar estereótipos e vieses derivados dos tomadores de decisão humanos, os quais estão contidos na massa de dados com que as máquinas são treinadas.

Com relação especificamente às aplicações dos conhecimentos neurocientíficos sobre tomada de decisão no ambiente forense, é preciso, primeiramente, reconhecer que seu uso vem crescendo em diversos países do mundo, especialmente na área criminal<sup>148</sup>. Há alguns anos, publicaram-se artigos que diziam que, em algum tempo, estariam disponíveis técnicas para avaliar o grau de responsabilidade de um agente, de detectar com precisão transtornos mentais que levariam a determinados comportamentos, ou mesmo de detectar mentiras por meio da neuroimagem<sup>149</sup>. Chegou-se mesmo a se dizer que a compreensão da neurofisiologia da decisão abalaria os alicerces do sistema jurídico, calcado numa ideia de livre-arbítrio que deveria ser superada<sup>150</sup>. Porém, muitas limitações de ordem técnica e conceitual ainda impedem que tais pretensões se transformem em realidade<sup>151</sup>. E assim, a chamada agenda do “Neurodireito” tem, até o momento, mais promessas de futuras revoluções do que efetivamente aplicações práticas revolucionárias.

É uma avaliação mais serena a de que as Neurociências são ciências naturais que auxiliam a explicar fenômenos pertinentes ao direito, mas não condicionam a atividade jurídica, a qual se passa no âmbito normativo, e que depende de práticas e interpretações sociais<sup>152</sup>. Nesse sentido, embora possa parecer um nível explicativo excessivamente distante, as Neurociências alargam o grau de compreensão de questões juridicamente relevantes<sup>153</sup>.

Estabelecer diálogos entre ambos permite, por exemplo, que se deixe de lado uma concepção clássica da “racionalidade” da figura do homem médio, a ser avaliada pelo magistrado, em prol de uma visão mais adaptativa — o que pode ser visto como “irracionalidade” por alguém menos versado nos achados recentes das ciências comportamentais pode ter uma explicação ecológica que faça sentido<sup>154</sup>. Outro exemplo disso é a própria discussão da correção da decisão judicial ou da imparcialidade dos magistrados: se sabemos que o cérebro é construído em torno de atalhos cognitivos, em vez de funcionar conforme parâmetros normativos, é preciso ajustar a visão que se tem das limitações dos tomadores de decisões humanos. Ou, ainda, se sabemos que a maior parte das nossas decisões são inconscientes, talvez discussões sobre o desenho institucional dos ambientes e contextos decisórios seja uma temática tão ou mais importante do que o debate sobre parâmetros discursivos ou de racionalidade das justificativas das decisões que são tomadas no direito.

<sup>146</sup> LILLIENFELD, Scott O *et al.* Can Psychological Research on Correcting Cognitive Errors, *Psychological Science*, v.4, n.4, p.390–398, 2009.

<sup>147</sup> KLEINBERG, By Jon *et al.* Algorithmic Fairness, *AEA Papers and Proceedings*, v.108, p.22–27, 2018.

<sup>148</sup> GREELY, Henry T.; FARAHANY, Nita A., Neuroscience and the Criminal Justice System, *Annual Review of Criminology*, v.2, n.1, p.451–471, 2019.

<sup>149</sup> POLDRACK, Russell A *et al.*, Predicting Violent Behavior : What Can Neuroscience Add ?, *Trends in Cognitive Sciences*, v.22, n.2, p.111–123, 2018; YODER, Keith; DECEY, Jean; SOCIAL, The, The neuroscience of morality and social decision-making The neuroscience of morality and social decision-making, *Psychology, Crime & Law*, v.24, n.3, p.279–295, 2018.

<sup>150</sup> SAPOLSKY, Robert M., The frontal cortex and the criminal justice system, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v.359, n.1451, p.1787–1796, 2004; GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan, For the law, neuroscience changes nothing and everything, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v.359, n.1451, p.1775–1785, 2004.

<sup>151</sup> NOYON, Lucas *et al.* Integrating Neuroscience in Criminal Law : The Dutch Situation as an Example Integrating Neuroscience. *Criminal Law : The Dutch Situation as an Example*, *International Journal of Forensic Mental Health*, v.18, n.3, p.281–291, 2019; BIGENWALD, Ariane; CHAMBON, Valerian, Criminal Responsibility and Neuroscience : No Revolution Yet, *Frontiers in Psychology*, v.10, n. June, p.1–19, 2019.

<sup>152</sup> É nessa linha a excelente revisão da literatura em Neurodireito de BIGENWALD, Ariane; CHAMBON, Valerian. *Criminal Responsibility and Neuroscience: No Revolution Yet*. *Frontiers in Psychology*, v. 10, p. 1-19.

<sup>153</sup> KEDIA, Gayannée *et al.* From the brain to the field: The applications of social neuroscience to economics, health and law, *Brain Sciences*, v.7, n.8, 2017.

<sup>154</sup> BIGENWALD, Ariane; CHAMBON, Valerian. *Criminal Responsibility and Neuroscience: no Revolution Yet*. *Frontiers in Psychology*, v. 10, p. 13.

## 5 Considerações finais

No curso de nossa análise, estabelecemos como o problema dos vieses inconscientes de raciocínio tem ocupado um espaço cada vez mais central no debate da comunidade jurídica. Em seguida, percorremos parte da literatura psicológica, evolucionista e neurocientífica recente que se debruça sobre os processos decisórios. Indicamos, também, como estudos recentes exploraram quais seriam essas limitações do raciocínio humano e quais as possíveis explicações para suas causas. Por fim, salientamos alguns potenciais impactos dessas descobertas para o debate propriamente jurídico, a exemplo de consequências no nível do desenho institucional.

Neste artigo, buscamos mostrar que esses efeitos na tomada de decisão existem em virtude da própria arquitetura da cognição humana. Sustentamos que a interface interdisciplinar entre a teoria do direito e as ciências comportamentais nos permite vislumbrar novas possibilidades para a questão da tomada de decisão judicial. Ainda que conceitos como “racionalidade”, “discricionariedade” e “decisão” venham de uma longa tradição jurídico-filosófica, e que muitos dos problemas aqui levantados não sejam exatamente novidade — afirmar que influências extrajurídicas possam afetar julgamentos é algo que vem sendo repisado há séculos — algumas das categorias aqui apresentadas permitem que se lance um olhar mais aprofundado sobre esse objeto.

Esperamos que o leitor esteja convencido de que enfrentar o problema da tomada de decisão juridicamente relevante sem se apropriar de tais ferramentas e achados empíricos é um empreendimento severamente incompleto. Para além do debate tradicional sobre métodos ou possibilidades de interpretação e argumentação jurídica, é recomendável, diante do que se sabe atualmente, incorporar outros enfoques. É o caso, por exemplo, das questões ligadas à universalidade da ocorrência de vieses inconscientes na decisão; à forma como a necessidade de justificação ou motivação pode retroalimentar processos decisórios intuitivos; à noção de “racionalidade ecológica” ou da utilidade de atalhos cognitivos em contextos reais de decisão; ou à inadequação da introspecção como método apto à compreensão dos processos mentais.

A esse respeito, sustentamos que é muito pobre ainda se insistir em modelos simplistas do processo decisório humano, como os que contrapõem “razão” a “emoção”, ou que desconsideram as insuficiências e percalços enfrentados pela própria tomada de decisão supostamente racional em condições reais. Por outro lado, buscamos mostrar que, mesmo teorias psicológicas difundidas, como é o caso das teorias do “duplo processo”, são tentativas de modelar fenômenos psicológicos complexos obtidos de forma experimental, sendo elas próprias limitadas, e sujeitas ao contínuo aperfeiçoamento.

Talvez seja uma sina nutrir aspirações tão elevadas sobre o que gostaríamos que a racionalidade humana fosse, e ignorarmos com tamanha frequência como ela realmente funciona. O estudo das ciências comportamentais pelo jurista é, assim, antes de tudo, uma lição de humildade.

## Referências

ADAMS, Geoffrey K.; WATSON, Karli K.; PEARSON, John; *et al.* Neuroethology of decision-making. *Current Opinion in Neurobiology*, v. 22, n. 6, p. 982–989, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.conb.2012.07.009>.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 826–853, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5291>.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes. As origens evolutivas da cooperação humana. *Revista DireitoGV*, v. 9, n. 1,

p. 243–268, 2013.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto; CESTARI, Roberto. Fatores extrajurídicos na tomada de decisão judicial: uma abordagem preliminar. In: NOJIRI, Sérgio (org.). *Direito, Psicologia e Neurociência*. Ribeirão Preto, SP: Editora IELD, 2016. p. 169–185.

AMALRIC, Marie; DEHAENE, Stanislas. Origins of the brain networks for advanced mathematics in expert mathematicians. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 113, n. 18, p. 4909–4917, 2016. Disponível em: <http://www.pnas.org/lookup/doi/10.1073/pnas.1603205113>.

BARGH, John A.; CHARTRAND, Tanya L. The unberable automacity of being. *American Psychologist*, v. 54, n. 7, p. 462–479, 1999.

BARON, Jonathan. *Thinking and Deciding*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BECK, Jeffrey M.; MA, Wei Ji; PITKOW, Xaq *et al.* Not Noisy, Just Wrong: the Role of Suboptimal Inference in Behavioral Variability. *Neuron*, v. 74, n. 1, p. 30–39, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.neuron.2012.03.016>.

BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers, 2015.

BIGENWALD, Ariane; CHAMBON, Valerian. Criminal Responsibility and Neuroscience : no Revolution Yet. *Frontiers in Psychology*, v. 10, n. June, p. 1–19, 2019.

BLAIR, Irene V.; JUDD, Charles M.; CHAPLEAU, Kristine M. The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing. *Psychological Science*, v. 15, n. 10, p. 674–679, 2004.

BOYD, Christina L; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging Untangling the Causal Effects of Sex on Judging at Buffalo , in. *American Journal of Political Science*, v. 54, n. 2, p. 389–411, 2010.

BOYER, Pascal. *Minds make societies: how cognition explains the world humans create*. New Haven: Yale University Press, 2018.

BRAMAN, Eileen. Cognition in the Courts. In: EPSTEIN, Lee; LINDQUIST, Stefanie A. (org.). *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 283–507. Disponível em: <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199579891.001.0001/oxfordhb-9780199579891-e-31>.

BSHARY, Redouan; GINGINS, Simon; VAIL, Alexander L. Social cognition in fishes. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 18, n. 9, p. 465–471, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.tics.2014.04.005>.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. \_\_\_\_\_. In: *Julgamento e Tomada de Decisão*. São Paulo: Pearson, 2018, p. 423.

CARRUTHERS, Peter. The Illusion of Conscious Thought. *Journal of Consciousness Studies*, v. 24, n. 9–19, p. 228–252, 2017.

CASTRO, Leyre; WASSERMAN, Edward A. Executive control and task switching in pigeons. *Cognition*, v. 146, p. 121–135, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.cognition.2015.07.014>.

CHO, Kyoungmin; BARNES, Christopher M.; GUANARA, Cristiano L. Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences. *Psychological Science*, v. 28, n. 2, p. 242–247, 2017.

CISEK, Paul. Making decisions through a distributed consensus. *Current Opinion in Neurobiology*, v. 22, n. 6, p. 927–936, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.conb.2012.05.007>.

CLARKE, Esther; REICHARD, Ulrich H.; ZUBERBÜHLER, Klaus. Context-specific close-range “hoo” calls in wild gibbons (*Hylobates lar*). *BMC Evolutionary Biology*, v. 15, n. 1, p. 1–11, 2015.

- CLAY, Zanna; DE WAAL, Frans B.M. Sex and strife: Post-conflict sexual contacts in bonobos. *Behaviour*, v. 152, n. 3–4, p. 313–334, 2015.
- COHEN, Alma; YANG, Crystal S. Judicial Politics and Sentencing Decisions. *American Economic Journal: Economic Policy*, 2019.
- COSTA, Alexandre Araújo; HORTA, Ricardo de Lins e. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Opinião Jurídica*, n. 20, p. 271–297, 2017.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
- COSTA, Luiza Lopes Franco; ESTEVES, Ana Beatriz Dillon; KREIMER, Roxana; *et al.* Gender stereotypes underlie child custody decisions. *European Journal of Social Psychology*, v. 00, p. 1–12, 2018. Disponível em: <http://doi.wiley.com/10.1002/ejsp.2523>.
- DAMÁSIO, António. *A Estranha Ordem das Coisas: a vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2017.
- DANCHIN, Étienne; BLANCHET, Simon; MERY, Frédérick; *et al.* Do invertebrates have culture? *Communicative and Integrative Biology*, v. 3, n. 4, p. 303–305, 2010.
- DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 17, p. 6889–6892, 2011. Disponível em: <http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108>.
- DE WAAL, Frans. *Are we smart enough to know how smart animals are?* New York: W. W. Norton & Company, 2016.
- DEHAENE, Stanislas. *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin, 2014.
- DEHAENE, Stanislas. *Reading in the Brain: The Science and Evolution of a Human Invention*. New York: Viking Penguin, 2009.
- DEHAENE, Stanislas. *The Number Sense: How the Mind creates Mathematics*. Revised &. New York: Oxford University Press, 2011.
- DEHAENE, Stanislas; CHANGEUX, Jean Pierre. Experimental and Theoretical Approaches to Conscious Processing. *Neuron*, v. 70, n. 2, p. 200–227, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.neuron.2011.03.018>.
- DEHAENE, Stanislas; LAU, Hakwan; KOUIDER, Sid; *et al.* What is consciousness, and could machines have it? *Science*, v. 358, n. 6362, p. 484–489, 2017.
- DEHAENE, Stanislas; SIGMAN, Mariano. From a single decision to a multi-step algorithm. *Current Opinion in Neurobiology*, v. 22, n. 6, p. 937–945, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.conb.2012.05.006>.
- DEL GIUDICE, Marco; CRESPI, Bernard J. Basic functional trade-offs in cognition: An integrative framework. *Cognition*, v. 179, n. January, p. 56–70, 2018.
- DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. *Psychological Science*, v. 14, n. 2, p. 175–180, 2003.
- DOBZHANSKY, Theodosius. Nothing in Biology Makes Sense Except in the Light of Evolution. *The American Biology Teacher*, v. 35, p. 125–129, 1973.
- DRUGOWITSCH, Jan; WYART, Valentin; DEVAUCHELLE, Anne Dominique; *et al.* Computational Pre-

- cision of Mental Inference as Critical Source of Human Choice Suboptimality. *Neuron*, v. 92, n. 6, p. 1398–1411, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.neuron.2016.11.005>.
- ENGEL, Christoph; SINGER, Wolf. *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008.
- ENGELMANN, Jan M.; HERRMANN, Esther. Chimpanzees Trust Their Friends. *Current Biology*, v. 26, n. 2, p. 252–256, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.cub.2015.11.037>.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- EVANS, Jonathan St. B. T. Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition. *Annual Review of Psychology*, v. 59, n. 1, p. 255–278, 2008. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev.psych.59.103006.093629>.
- EVANS, Jonathan St. B. T. *Thinking and Reasoning: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- EVANS, Jonathan St B.T.; STANOVICH, Keith E. Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*, v. 8, n. 3, p. 223–241, 2013.
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Neuroética, Direito e Neurociência: Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, p. 223–244, 2013.
- FRISTON, Karl. The free-energy principle: A unified brain theory? *Nature Reviews Neuroscience*, v. 11, n. 2, p. 127–138, 2010.
- FRITH, Chris D. The role of metacognition in human social interactions. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 367, n. 1599, p. 2213–2223, 2012.
- GIGERENZER, Gerd. The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*, v. 5, p. 303–336, 2018.
- GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annual Review of Psychology*, v. 62, p. 451–482, 2011.
- GLIMCHER, Paul W. *Foundations of Neuroeconomic Analysis*. New York: Oxford University Press, 2011.
- GLIMCHER, Paul W. Indeterminacy in Brain and Behavior. *Annual Review of Psychology*, v. 56, n. 1, p. 25–56, 2005. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev.psych.55.090902.141429>
- GLIMCHER, Paul W.; FEHR, Ernst. *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*. 2. ed. New York: [s.n.], 2014.
- GODFREY-SMITH, Peter. *Other Minds: The Octopus, the Sea, and the deep origins of Consciousness*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2016.
- GOLD, Joshua I.; SHADLEN, Michael N. The Neural Basis of Decision Making. *Annual Review of Neuroscience*, v. 30, p. 535–574, 2007.
- GOLDSTEIN, William M; HOGARTH, Robin M. Judgement and decision research: Some historical context. *Research on Judgment and Decision Making: Currents, Connections, and Controversies*, p. 1–65, 1997.
- GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: Os Ministros confiam em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 855–876, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub>.

br/RBPP/article/view/5326.

GREELY, Henry T.; FARAHANY, Nita A. Neuroscience and the Criminal Justice System. *Annual Review of Criminology*, v. 2, n. 1, p. 451–471, 2019.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 359, n. 1451, p. 1775–1785, 2004.

GREENE, Joshua D. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*. New York: The Penguin Press, 2013.

GREZZANA, Stafania. Gender Bias at the Brazilian Superior Labor Court. *Brazilian Review of Econometrics*, v. 32, n. 1, p. 73–96, 2012.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1–43, 2007.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814–834, 2001.

HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Pantheon Books, 2012.

HALLOY, J.; SEMPO, G.; CAPRARI, G.; *et al.* Social integration of robots into groups of cockroaches to control self-organized choices. *Science*, v. 318, n. 5853, p. 1155–1158, 2007.

HARDMAN, David. *Judgment and Decision Making – Psychological Perspectives*. West Sussex (UK): BPS Blackwell, 2009.

HARRIS, Allison P.; SEN, Maya. Bias and Judging. *Annual Review of Political Science*, p. Forthcoming, 2019.

HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The Evolution of Cognitive Bias. In: BUSS, David M. (org.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2. ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 2. p. 968–987.

HILBERT, Martin. Toward a synthesis of cognitive biases: How noisy information processing can bias human decision making. *Psychological Bulletin*, v. 138, n. 2, p. 211–237, 2012.

HUK, Alexander C.; HART, Eric. Parsing signal and noise in the brain. *Science*, v. 364, n. 6437, p. 236–237, 2019.

JOHANSSON, Petter; HALL, Lars; SIKSTRÖM, Sverker. From Change Blindness To Choice Blindness. *Psychologia*, v. 51, n. 2, p. 142–155, 2008. Disponível em: <http://joi.jlc.jst.go.jp/JST.JSTAGE/psysoc/2008.142?from=CrossRef>.

JOHNSON, Dominic D P; BLUMSTEIN, Daniel T; FOWLER, James H; *et al.* The evolution of error: Error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases. *Trends in Ecology & Evolution*, v. 28, n. 8, p. 474–481, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. [s.l.: s.n.], 2011.

KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E.; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 2, n. 1, p. 42–52, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>.

KEDIA, Gayannée; HARRIS, Lasana; LELIEVELD, Gert Jan; *et al.* From the brain to the field: The applications of social neuroscience to economics, health and law. *Brain Sciences*, v. 7, n. 8, 2017.

KLEIN, Gary. Naturalistic Decision Making. *Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society*, v. 50, n. 3, p. 456–460, 2008. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1518/001872008X288385>.

- KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*. 20th Anniv. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2017.
- KLEINBERG, By Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; *et al.* Algorithmic Fairness. *AEA Papers and Proceedings*, v. 108, p. 22–27, 2018.
- KOCH, Christof. *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Massachusetts: MIT Press, 2012.
- KRUGER, Justin; DUNNING, David. Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 77, n. 6, p. 1121–1134, 1999. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/B6T0F-4K7NHTTP-3/2/6e97187bb929738c3c0eff4183f53fe3>.
- KRUSCHE, Paul; ULLER, Claudia; DICKE, Ursula. Quantity discrimination in salamanders. *The Journal of Experimental Biology*, v. 213, p. 1822–1828, 2010.
- KUNDA, Ziva. The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin*, v. 108, n. 3, p. 480–498, 1990.
- LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 778–799, 2018.
- LEFEBVRE, Germain; LEBRETON, Maël; MEYNIEL, Florent; *et al.* Behavioural and neural characterization of optimistic reinforcement learning. *Nature Human Behaviour*, v. 1, n. 4, p. 1–9, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1038/s41562-017-0067>.
- LEVY, Dino J.; GLIMCHER, Paul W. The root of all value: A neural common currency for choice. *Current Opinion in Neurobiology*, v. 22, n. 6, p. 1027–1038, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.conb.2012.06.001>.
- LILIENFELD, Scott O; AMMIRATI, Rachel; LANDFIELD, Kristin; *et al.* Can Psychological Research on Correcting Cognitive Errors. *Psychological Science*, v. 4, n. 4, p. 390–398, 2009.
- MACLEAN, C.L.; DROR, Itiel E. A Primer on the Psychology of Cognitive Bias. *Blinding as a Solution to Bias*, p. 13–24, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/B978-0-12-802460-7.00001-2>  
<http://nebulaweb.com/2d9304f85ab9c993ef5c510d59d79e44?AccessKeyId=09634646A61C4487DFA0&disposition=0&alloworigin=1>.
- MACLEAN, Carla L.; DROR, Itiel E. A Primer on the Psychology of Cognitive Bias. In: KESSELHEIM, Aaron S.; ROBERTSON, Christopher T. (Orgs.). *Blinding as a Solution to Bias*. London: Academic Press, 2016, p. 13–24. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/B9780128024607000012>.
- MALLOY-DINIZ, Leandro; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e Tomada de Decisão*. São Paulo: Pearson, 2018.
- MARSHALL, James A R; TRIMMER, Pete C.; HOUSTON, Alasdair I.; *et al.* On evolutionary explanations of cognitive biases. *Trends in Ecology and Evolution*, v. 28, n. 8, p. 469–473, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.tree.2013.05.013>.
- MCDONNELL, Mark D; WARD, Lawrence M. The benefits of noise in neural systems: bridging theory and experiment. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 12, n. July, p. 415–425, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1038/nrn3061>.
- MELNIKOFF, David E.; BARGH, John A. The Mythical Number Two. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 22, n. 4, p. 280–293, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.tics.2018.02.001>.

- MENDELSON, Tamra C.; FITZPATRICK, Courtney L.; HAUBER, Mark E.; *et al.* Cognitive Phenotypes and the Evolution of Animal Decisions. *Trends in Ecology and Evolution*, v. 31, n. 11, p. 850–859, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.tree.2016.08.008>.
- MERCIER, Hugo. Confirmation Bias - Myside Bias. In: POHL, Rüdiger F. (org.). *Cognitive Illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*. 2. ed. New York: Routledge, 2017. p. 503.
- MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.
- MONTI, Martin M.; PARSONS, Lawrence M.; OSHERSON, Daniel N. Thought Beyond Language: Neural Dissociation of Algebra and Natural Language. *Psychological Science*, v. 23, n. 8, p. 914–922, 2012.
- MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618–653, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322018000200618&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200618&lng=pt&tlng=pt).
- MUELLER, Pam; NADLER, Janice. Social Psychology and the Law. In: PARISI, Francesco (Org.). *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 2017, v. 1, p. 124–160. Disponível em: <http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199684267.001.0001/oxfordhb-9780199684267-e-008>.
- MUGG, Joshua. The dual-process turn: How recent defenses of dual-process theories of reasoning fail. *Philosophical Psychology*, v. 29, n. 2, p. 300–309, 2016.
- MUNDIAL, Banco. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial: Mente, sociedade e comportamento*. Washington DC: [s.n.], 2015.
- NEWELL, Ben R.; SHANKS, David R. Unconscious influences on decision making: A critical review. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 37, n. 1, p. 1–19, 2014.
- NISBETT, R. E.; WILSON, T. D. Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes. *Psychological Review*, v. 84, n. 3, p. 231–260, 1977.
- NISBETT, Richard E. *Mindware: Tools for Smart Thinking*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2015.
- NOJIRI, Sergio. Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (org.). *Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 313–324.
- NOJIRI, Sergio. *O Direito Irracional: emoção e intuição no processo de tomada de decisão judicial*. Tese (Livro Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.
- NOYON, Lucas; WOLF, Michiel J F Van Der; MEVIS, Paul A M; *et al.* Integrating Neuroscience in Criminal Law : The Dutch Situation as an Example Integrating Neuroscience in Criminal Law : The Dutch Situation as an Example. *International Journal of Forensic Mental Health*, v. 18, n. 3, p. 281–291, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14999013.2018.1525778>.
- O'DOHERTY, John Michael; COCKBURN, Jeffrey; PAULI, Wolfgang M. Learning, Reward, and Decision Making. *Ssrn*, 2017.
- PADOA-SCHIOPPA, Camillo; CONEN, Katherine E. Orbitofrontal Cortex: A Neural Circuit for Economic Decisions. *Neuron*, v. 96, n. 4, p. 736–754, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2017.09.031>.
- PANKSEPP, Jaak; BIVEN, Lucy. *The Archaeology of Mind: Neuroevolutionary origins of Human emotions*. New York: W. W. Norton & Company, 2012.
- PEPPERBERG, Irene M.; GORDON, Jesse D. Number comprehension by a Grey parrot (*Psittacus erithacus*), including a zero-like concept. *Journal of Comparative Psychology*, v. 119, n. 2, p. 197–209, 2005.

- PLATT, Michael. Neural correlates of Decision-Making. *In: Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008. p. 125–154.
- POLANSKY, Leo; KILIAN, Werner; WITTEMYER, George. Elucidating the significance of spatial memory on movement decisions by African savannah elephants using state–space models. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 282, n. 1805, 2015.
- POLDRACK, Russell A; MONAHAN, John; IMREY, Peter B; *et al.* Predicting Violent Behavior : What Can Neuroscience Add ? *Trends in Cognitive Sciences*, v. 22, n. 2, p. 111–123, 2018.
- PRONIN, Emily. The Introspection Illusion. *Advances in Experimental Social Psychology*, v. 41, p. 1–67, 2009. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0065260108004012>.
- RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOHNSON, Sheri Lynn; WISTRICH, Andrew J.; *et al.* Does unconscious racial bias affect trial judges. *Notre Dame Law Review*, v. 84, n. 1195, p. 1–49, 2009.
- RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 13, n. 1, p. 203–229, 2017. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-085032>.
- RANGE, F; HORN, L.; VIRANYI, Z.; *et al.* The absence of reward induces inequity aversion in dogs. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 106, n. 1, p. 340–345, 2009. Disponível em: <http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0810957105>.
- RANGEL, Antonio; CAMERER, Colin; MONTAGUE, P. Read. A framework for studying the neurobiology of value-based decision making. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 9, p. 545–556, 2008.
- REZNIKOVA, Zhanna; RYABKO, Boris. Numerical competence in animals, with an insight from ants. *Behaviour*, v. 148, n. 4, p. 405–434, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.
- SANTOS, Laurie; ROSATI, Alexandra. The Evolutionary Roots of Human Decision Making. *Ssrn*, n. August 2014, p. 1–27, 2015.
- SAPOLSKY, Robert M. The frontal cortex and the criminal justice system. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 359, n. 1451, p. 1787–1796, 2004.
- SCHNALL, Simone; HAIDT, Jonathan; CLORE, Gerald L. *et al.* Disgust as embodied moral judgment. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 34, n. 8, p. 1096–1109, 2008.
- SETH, Anil K. Consciousness: The last 50 years (and the next). *Brain and Neuroscience Advances*, v. 2, p. 239821281881601, 2018. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2398212818816019>.
- SHADLEN, Michael N.; KIANI, Roozbeh. Decision making as a window on cognition. *Neuron*, v. 80, n. 3, p. 791–806, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.neuron.2013.10.047>.
- SILVA, Marina Lacerda; HORTA, Ricardo de Lins e. O racismo do sistema penal na perspectiva da Psicologia Experimental – diálogos possíveis com a Criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, p. 417–445, 2017.
- SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, n. 1, p. 99–118, 1955.
- SIMPSON, Jeffrey A.; CAMPBELL, Lorne. Methods of Evolutionary Sciences. *In: BUSS, David M. (org). The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2. ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 1. p. 115–135.
- SLOMAN, Steven A. The Empirical Case for Two Systems of Reasoning. *Psychological Bulletin*, v. 119, n. 1, p. 3–22, 1996.

SOLMS, M.; FRISTON, K. How and Why Consciousness Arises: Some Considerations from Physics and Physiology. *Journal of Consciousness Studies*, v. 25, n. 5–6, p. 202–238, 2018. Disponível em: <https://www.in-gentaconnect.com/contentone/imp/jcs/2018/00000025/f0020005/art00009#trendmd-suggestions>.

SOLTANI, Alireza; KHORSAND, Peyman; GUO, Clara; *et al.* Neural substrates of cognitive biases during probabilistic inference. *Nature Communications*, v. 7, p. 1–14, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1038/ncomms11393>.

STANOVICH, Keith E. *Rationality & the Reflective Mind*. New York: Oxford University Press, 2011.

STEIN, Lilian Milnitsky. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Ministério da Justiça (Série Pensando o Direito), 2015.

STERELNY, Kim. Cultural evolution in California and Paris. *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, v. 62, p. 42–50, 2017. Disponível em: <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1369848616301078>.

STERNBERG, Robert. *Psicologia Cognitiva*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

STEVENS, Jeffrey R. The Evolutionary Biology of Decision Making. *In: ENGEL, Christoph; SINGER, Wolf (org.). Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008. p. 285–304.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 70, p. 177–196, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1864/1766>

TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, n. 1, p. 67–78, 2018.

TÉGLÁS, Ernódblac; GERGELY, Anna; KUPÁN, Krisztina; *et al.* Dogs' gaze following is tuned to human communicative signals. *Current Biology*, v. 22, n. 3, p. 209–212, 2012.

TETLOCK, Philip E. *Accountability: the Neglected Social Context of Judgment*. [s.l.: s.n.], 1985.

THALER, Richard H. *Comportamento Inadequado: A Construção da Economia Comportamental*. Lisboa: Actual, 2016.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books, 2008.

TINBERGEN, Nikolaas. On aims and methods of ethology. *Zeitschrift für Tierpsychologie*, v. 20, p. 410–433, 1963.

TONONI, Giulio; KOCH, Christof. Consciousness : here , there and everywhere ? *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 370, p. 1–18, 2015.

TOOBY, John; COSMIDES, Leda. The Theoretical Foundations of Evolutionary Psychology. *In: BUSS, David M. (org.). The Handbook of Evolutionary Psychology*. 2. ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016. v. 1. p. 3–87.

TRIMMER, Pete C. Optimistic and realistic perspectives on cognitive biases. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, v. 12, n. 1992, p. 37–43, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.cobeha.2016.09.004>.

WEST, Richard F.; MESERVE, Russell J.; STANOVICH, Keith E. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 103, n. 3, p. 506–519, 2012.

WILKE, Andreas; TODD, Peter M. The evolved foundations of decision making. *In: DHAMI, Mandeep K.; SCHLOTMANN, Anne; WALDMANN, Michael R. (org.). Judgment and Decision Making as a Skill: Learning, Development and Evolution.* New York: Cambridge University Press, 2012.

WILSON, Michael L.; BOESCH, Christophe; FRUTH, Barbara; *et al.* Lethal aggression in Pan is better explained by adaptive strategies than human impacts. *Nature*, v. 513, n. 7518, p. 414–417, 2014.

YODER, Keith; DECETY, Jean; SOCIAL, The. The neuroscience of morality and social decision-making. The neuroscience of morality and social decision-making. *Psychology, Crime & Law*, v. 24, n. 3, p. 279–295, 2018.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron; TEICHMAN, Doron; *et al.* Judicial Decision-Making. *In: The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law.* Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 664–702. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199945474.001.0001/oxfordhb-9780199945474-e-026>.

ZUBERBÜHLER, Klaus. Interspecies semantic communication in two forest primates. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 267, n. Nov. 1999, p. 713–718, 2000.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A segurança jurídica como  
parâmetro legal das decisões  
estatais**

**Legal security as a legal  
parameter of state decisions**

Cintia Barudi Lopes

Simone Tomaz

# A segurança jurídica como parâmetro legal das decisões estatais\*

## Legal security as a legal parameter of state decisions

Cintia Barudi Lopes\*\*

Simone Tomaz\*\*\*

### Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar como vem sendo aplicado o Princípio da Segurança Jurídica nas relações entre o cidadão e os poderes públicos, valor fundamental do Estado democrático de Direito que fora recentemente fortalecido pela Lei nº 13.655/2018 que acresceu novos dispositivos à LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A proteção da confiança nas ações estatais garante que as relações sociais sejam mais estáveis e que a paz social se fortaleça. O artigo pretende demonstrar a preocupação cada vez maior dos Poderes Estatais na observância desse princípio básico. Para isso, o estudo foi dividido em três partes: na primeira parte, levantou-se a relação existente entre o Princípio da Segurança Jurídica e a Proteção da Confiança; na segunda parte, faz-se um paralelo entre o Princípio da Segurança Jurídica e a Legislação Infraconstitucional Aplicável, em especial a Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo na esfera federal) e a recente Lei nº 13.655/18 (que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com a finalidade de fortalecer a segurança jurídica nas relações de direito público); na terceira e última parte, o artigo se dedica a elencar algumas decisões dos principais órgãos de controle, assim como do próprio Poder Judiciário, a fim de que seja analisada a aplicabilidade prática das disposições referentes ao princípio aos casos concretos. O processo metodológico do artigo embasou-se no sistema bibliográfico, com fulcro na doutrina específica do tema e em artigos científicos da matéria. Além disso, o artigo analisou, também, as principais decisões de nossos órgãos de controle, trazendo a jurisprudência dominante, com a finalidade de se constatar o fortalecimento da confiabilidade que deve existir entre os cidadãos e as ações governamentais. Conclui-se, portanto, que a despeito de algumas divergências e controvérsias existentes em relação à legislação mais recente (Lei nº 13.655/18). Ressalte-se que, atualmente, a segurança jurídica é princípio aplicável a todos os poderes estatais, em todas as suas tomadas de decisões, contribuindo sobremaneira para uma estabilidade social e para a melhoria das políticas públicas incrementadas no país.

**Palavras-chave:** Segurança jurídica. Boa-fé. Proteção da confiança. Estabilidade.

\* Recebido em 16/07/2019  
Aprovado em 12/09/2019

\*\* Doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada e Diretora da Comissão de Direito Administrativo da OAB – 116a Subseção do Jabaquara/Saúde. E-mail: c.barudi@uol.com.br

\*\*\* Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. E-mail: simonets1@hotmail.com

## Abstract

This research aims at analyzing how the principle of legal certainty has been applied in the relations between citizens and public authorities, a fundamental value of the democratic State of Law that was recently strengthened by Law 13,655 / 2018, which added new devices to LINDB - Law of Introduction to the norms of Brazilian Law. The protection of trust in state actions ensures that social relations are more stable and that social peace is strengthened. The article intends to demonstrate the growing concern of the State Powers in the observance of this basic principle. To this end, the study was divided into three parts: in the first part, the relationship between the principle of legal certainty and the protection of trust was raised; in the second part, there is a parallel between the principle of legal certainty and applicable infra-constitutional legislation, in particular Law 9,784 / 99 (which regulates the administrative process at the federal level) and the recent Law 13655/18 (which amended the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law with the purpose of strengthening legal certainty in public law relations); in the third and last part, the article focuses on the decisions of the main control bodies, as well as on the Judiciary itself, in order to analyze the practical applicability of the provisions referring to the principle to specific cases. The methodological process of the article was based on the bibliographic system, with a focus on the specific doctrine of the theme and on scientific articles of the subject. In addition, the article also analyzed the main decisions of our control bodies, bringing the dominant jurisprudence, in order to verify the strengthening of the reliability that should exist between citizens and governmental actions. It is therefore concluded that, despite some divergences and controversies existing in relation to the most recent legislation (Law 13655/18), it is certain that legal certainty is currently a principle applicable to all state powers, in all cases their decision-making, contributing greatly to social stability and to the improvement of public policies in the country.

**Keywords:** Legal certainty. Good faith. Protection of trust. Stability.

## 1 Introdução

O presente artigo tem por finalidade apreciar a aplicabilidade prática do princípio da segurança jurídica pelos órgãos estatais e pela Jurisprudência de nossos Tribunais.

A importância na observância do Princípio da Segurança Jurídica se consolidou, ainda mais, com a recente alteração da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que sofreu acréscimo de dez novos dispositivos (arts. 20 a 30) que reforçam a sua aplicabilidade no campo do direito público.

Na primeira parte do artigo, faz-se uma abordagem sobre o princípio da segurança jurídica e sua relação com a proteção da confiança. Aborda-se a íntima relação existente entre esses conceitos e valores e que deve existir em todas as áreas do direito.

Na segunda parte, a pesquisa levanta a previsão do princípio da segurança jurídica na legislação infra-constitucional, a Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo na esfera federal e os reflexos que a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe às previsões legais vigorantes.

Dedica-se, também, nessa parte, a analisar as disposições do art. 54 da referida lei do processo administrativo federal que, de maneira inovadora, prevê o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública anule atos ilegais que produzam efeitos favoráveis aos seus destinatários.

Finalmente, na última parte, a pesquisa busca demonstrar como o Princípio da Segurança Jurídica vem sendo aplicado na prática pelos nossos órgãos estatais, Tribunais e entidades de controle.

Vários temas são trazidos à discussão para demonstrar como o princípio vem ganhando força nas situações concretas, apesar das divergências doutrinárias sobre as novas disposições legais.

A despeito de algumas controvérsias sobre as novas disposições inseridas pela Lei nº 13.655/18 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a segurança jurídica é um fundamento do Estado democrático de Direito que vem contribuindo para aumentar a estabilidade das relações jurídicas, em especial hoje das de direito público, permitindo-se, por ela, uma estabilidade social estimulando melhoria nos investimentos privados no país.

## 2 O Princípio da Segurança Jurídica e a proteção da confiança

A nossa Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Trata-se do princípio denominado segurança jurídica cuja finalidade é resguardar a estabilidade das relações jurídicas e a paz social.

As relações jurídicas, em especial as que envolvem o cidadão e o Estado, não de ser estáveis, evitando-se ao particular a tomada de decisões estatais repentinas, que venham causar situações inesperadas e de surpresas ao indivíduo.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup>, em sua obra, nos ensina que:

o legislador ordinário estabeleceu o conceito de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, agora na redação que lhe deu a Lei n. 3.238, de 1957, preservando, assim, a tradição que remonta à Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

Flávio Tartuce<sup>2</sup> esclarece sobre a regra contida referido no art. 6º:

valendo para o futuro ou para o passado, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica prescreve o art. 5º, XXXVI, da CF que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Vai mais longe o art. 6º da Lei de Introdução; além de trazer regra semelhante pela qual “a lei nova terá efeito imediato e geral respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, procura conceituar as expressões acima, da seguinte forma:

a) Direito adquirido: é o direito material ou imaterial já incorporado ao patrimônio de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado (conceito clássico de Gabba). Nessa linha, pela previsão do § 2º do art. 6º da Lei de Introdução, “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha tempo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Cite-se, a título de exemplo, um benefício previdenciário já usufruído por alguém.

b) Ato jurídico perfeito: é a manifestação de vontade lícita, já emanada por quem esteja em livre disposição e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6º, § 1º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele já consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Diante do Código Civil de 2002, um contrato e um casamento celebrado antes da sua entrada em vigor devem ser vistos como atos jurídicos perfeitos.

c) Coisa julgada: é a decisão judicial já prolatada, da qual não cabe mais recurso (art. 6º, § 3º, Lei de Introdução).

Por tal, pretende-se assegurar a irretroatividade da lei a situações consideradas já consolidadas, garantindo-se sua aplicação para o futuro, preservando-se as situações passadas.

Regra geral, portanto, é a irretroatividade da lei. Apenas de maneira excepcional o ordenamento jurídico

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 460-461.

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 47-48.

permite a aplicação retroativa da legislação. A retroatividade é sempre uma exceção.

Pode-se estabelecer, ainda que não seja esse entendimento unânime, uma relação entre o Princípio da Segurança Jurídica e o Princípios da Proteção da Confiança.

Entende-se por Princípio da Proteção da Confiança aquele que leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros<sup>3</sup>.

Importante destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de associar os conceitos. Inegável, portanto, a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança que deve nortear as relações jurídicas.

Sem dúvida, o posicionamento da Corte Constitucional pretende adicionar ao Princípio da Segurança Jurídica um elemento de ética, em especial nas relações que se estabelecem no ramo do direito público. Isso faz todo sentido quando se sabe que o princípio maior vigorante do direito administrativo é o da moralidade.

O Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> assim se posicionou:

“Mandado de Segurança”. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de 10 anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de segurança deferido.

Dessa forma, a confiança é um elemento integrante da segurança jurídica. A ética deve ser observada nas relações entre Administração Pública e cidadão, de modo os atos estatais reflitam a licitude da sua conduta, o que de certa forma nos faz perceber também a íntima relação entre tais princípios com o da legalidade.

Passamos, então, a desenvolver melhor o conceito e a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica apresentados pela doutrina administrativista brasileira.

## 2.1 O conceito e aplicabilidade do Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica tem origem no direito alemão. Foi a Alemanha o primeiro país a reconhecer a estabilidade das relações jurídicas como um valor primordial do ordenamento jurídico.

No Brasil, o Princípio da Segurança Jurídica recebe da doutrina atenção especial. Os doutrinadores administrativistas, tendo em vista a importância do princípio para as relações jurídicas de natureza pública, costumam dedicar estudo detalhado sobre o assunto, principalmente após a edição da Lei nº 9.784/99, que passou a prevê-lo expressamente.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 118.

<sup>4</sup> STF, MS 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004, DJ 05.11.2004. No mesmo sentido o RE 442683/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.12.2005, DJU 24.03.2006, para reconhecer a legítima expectativa do beneficiário do ato diante da declaração de inconstitucionalidade de norma legal autorizativa com eficácia “ex nunc”.

Rafael Carvalho Rezende<sup>5</sup>, sobre o princípio, preconiza que:

os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé guardam importantes semelhanças entre si. O princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos:

- a) objetivo: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de se respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CRFB);
- b) subjetivo: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

Verifica-se que o princípio da proteção da confiança relaciona-se com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, e a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias. Enquanto a segurança jurídica possui caráter amplo, sendo aplicável às relações públicas e privadas, a confiança legítima tutela, tão somente, a esfera jurídica do particular, protegendo-o da atuação arbitrária do Estado.

Matheus Carvalho<sup>6</sup>, de forma precisa, assim conceitua o princípio:

Trata-se de princípio geral do direito, base do Estado de Direito que garante aos cidadãos não serem surpreendidos por alterações repentinas na ordem jurídica posta. Configura corolário do direito como norma de pacificação social.

E ainda Ricardo Alexandre<sup>7</sup> estatui:

a segurança jurídica é um dos princípios fundamentais do direito e tem por funções garantir a estabilidade das relações jurídicas consolidadas e a certeza das consequências jurídicas dos atos praticados pelos indivíduos nas suas relações sociais. Registramos que alguns autores, como é o caso do notório constitucionalista português Canotilho, referem-se ao segundo objetivo como um princípio autônomo, denominado “proteção da confiança”.

Vê-se, portanto, que se trata de um princípio primordial para um Estado democrático de Direito, traduzindo a preocupação que a Administração Pública deve ter com a prevalência da paz social.

A aplicabilidade do referido princípio se traduz em situações em que se deve evitar a retroatividade da mudança de interpretações que são feitas pelos órgãos administrativos, a preservação de atos praticados por boa-fé, a impossibilidade de anulação de medidas tomadas após vários anos, ainda mais quando elas produzem efeitos favoráveis aos seus destinatários.

Nesses termos, Odete Medauar<sup>8</sup> nos ensina sobre a aplicação da segurança jurídica:

visa preservar a estabilidade nas relações jurídicas, situações e vínculos jurídicos. Dente suas consequências estão: proibição, em geral, de retroatividade dos atos administrativos; impedimento de aplicação de nova interpretação as situações pretéritas; proibição de anulação de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato.

Percebe-se, portanto, que sua aplicabilidade tem por objetivo, muitas vezes, estabilizar situações jurídicas já consolidadas, ainda que violadoras da legalidade. Nesse embate entre Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica, esse último princípio vem se aplicando de maneira prevalente.

Passamos em seguida a analisar como que esse embate entre a legalidade e a segurança jurídica tem se desenvolvido no país. Grande parte desse entendimento atual deve-se ao fato de as legislações infraconstitucionais estabelecerem novas regras sobre a segurança jurídica, regras essas que merecem destaque no nosso estudo.

<sup>5</sup> REZENDE, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 94.

<sup>6</sup> CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 97.

<sup>7</sup> ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 121-122.

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 165-166.

### 3 O Princípio da Segurança Jurídica e as Leis nº 9.784/99 e nº 13.655/18

O Princípio da Segurança Jurídica passou a ser previsto, expressamente, no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal. Assim, dispõe o artigo 2º da referida Lei:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A Lei nº 9.784/99 estabelece as principais regras do processo administrativo no âmbito da União Federal. A despeito de ser aplicável somente na esfera federal, a Lei nº 9.784/99 vem sendo aplicada, subsidiariamente, aos entes estatais destituídos de regulação própria.

Atualmente, Estados e Municípios que não dispõem de legislação própria deverão seguir as normas previstas na referida lei.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, RESP 852493/DF, 5ª Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, firmou entendimento de que, em eventual ausência de leis processuais administrativas próprias, Estados e Municípios devem obediência à legislação federal<sup>9</sup>.

Di Pietro<sup>10</sup>, umas das participantes da comissão que elaborou o anteprojeto da Lei nº 9.784/99, destaca sobre a previsão do princípio na referida lei:

como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre os critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.”

Veja-se, então, que o principal objetivo da previsão do referido princípio foi de evitar a retroatividade na mudança de entendimentos e de interpretações de órgãos e entidades administrativas. As mudanças de interpretação são inevitáveis. Ocorre que, a despeito disso, os administrados não poderão ficar ao livre dispor das alterações realizadas pela Administração Pública, de modo que elas apenas alcançarão os atos futuros e não passados, preservando-se a estabilidade social.

Karin Prediger também ensina<sup>11</sup>:

ainda, relativamente aos processos administrativos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dos procedimentos de órgãos de controle interno, das recomendações do Ministério Público em todos os níveis; das interpretações firmadas pelos Tribunais de Contas – TCU, TCE, TCM, cujas decisões, pareceres, consultas, instruções normativas, apresentarem alteração de entendimentos anteriormente firmados; há incidência da regra de irretroatividade da nova interpretação, em obséquio ao princípio da segurança jurídica (o STF, no MS 23.550/DF, Pleno, Relator p/ Ac. Sepúlveda Pertence, e MS 24.519/DF, Pleno, Eros Grau, já manifestou sobre a aplicabilidade da Lei de Processo Administrativo ao TCU e, como consectário, aos demais Tribunais de Contas) (FERRAZ, Luciano. *Segurança Jurídica Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade*. In: *Revista de Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 12. Lisboa, Portugal. pp. 7.441 a 7.473).

Todas as entidades de âmbito administrativo e, por consequência, todos os processos de natureza administrativa, submeter-se-ão a essa regra de irretroatividade da nova interpretação decorrente da Administração Pública, inclusive no que tange às decisões dos Tribunais de Contas da União.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.blogservidorlegal.com.br/seguranca-juridica-e-nova-interpretacao-administrativa/>. Acesso em: 18 maio 2019.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 116.

<sup>11</sup> PREDIGER, Karin. *Segurança Jurídica e a nova interpretação administrativa*. Disponível em: <http://www.blogservidorlegal.com.br/seguranca-juridica-e-nova-interpretacao-administrativa/>. Acesso em: 18 maio 2019.

Em consonância com esse entendimento, é relevante destacar, ainda, os artigos 20, 22 e 23 da LINDB, com a alteração trazida pela Lei nº 13.655/2018. A partir das novas disposições, é inegável a aplicação da segurança jurídica em todas as esferas estatais e em todos os poderes estatais.

Iniciando-se pelo art.20, essa norma dispõe:

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.

O dispositivo em comento, claramente, pretende evitar interpretações e decisões administrativas com base em critérios genéricos e abstratos. Busca-se privilegiar a tomada de decisões administrativas mais objetivas pelos gestores, funcionando a motivação como um parâmetro da medida proporcional na colisão de direitos fundamentais. Parte da doutrina parece confundir valor jurídico abstrato com princípios jurídicos gerais, o que não se entende compatível com os fins legais.

Mas, então, o que seria um valor jurídico abstrato? Seriam conceitos genéricos não ligados ao caso concreto, que poderiam justificar tudo a qualquer tempo, sem relação com a realidade fática<sup>12</sup>.

Em continuidade, o *caput* do artigo 22 preconiza:

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.

Nessa previsão legal, o legislador previu que as dificuldades da Administração Pública gestora possam ser consideradas na tomada de suas decisões.

As controvérsias sobre esse dispositivo são muitas. Dentre elas, nota-se que o dispositivo, de certo modo, legitima as dificuldades presentes na Administração Pública, quando, na realidade, deveria buscar superá-las<sup>13</sup>.

Fica a dúvida, em razão da disposição acima, se a falta de recursos públicos pode ser alegada como obstáculo real na interpretação da norma de gestão pública, acreditando-se que sim, tendo em vista o obstáculo efetivo ao qual muitas vezes o gestor se vê submetido.

Em que pese não concordarmos com esse entendimento, já que será muito mais cômodo aceitar a insuficiência de recursos que buscar solução para ela, acredita-se que a tendência é considerá-la como uma agravante a ser considerada.

Finalmente, o artigo 23 dispõe nos seguintes termos que:

<sup>12</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Inclusão de dez artigos na LINDB traz importantes inovação ao Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 28 jun. 2019.

<sup>13</sup> COLUSSI, Fernando Augusto Melo. *Análise das mudanças promovidas pela Lei n. 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/download/51/47/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

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.

Percebe-se da leitura desse dispositivo legal que a Lei nº 13.655/18 que a norma contida no artigo 23 aplica-se às todas as decisões, seja de âmbito administrativo, judicial ou mesmo dos órgãos de controle. Dada a mudança inesperada nas interpretações desses órgãos, o administrador, o juiz ou o controlador deve criar um regime de transição que assegure ao cidadão uma estabilidade esperada.

Trata-se, em verdade, de modulação dos efeitos da decisão “para o futuro”, de modo a estabelecer um regime de transição que preserve a confiança depositada pelos cidadãos na posição que vinha sendo adotada<sup>14</sup>.

Vê-se, então, que a Lei nº 13.655/18, ainda que de maneira controvertida em alguns pontos, está fundada na ideia de fortalecimento da segurança jurídica e afastamento da imprevisibilidade das decisões estatais, de modo que os artigos 20, 22 e 23 do referido diploma legal privilegiam a motivação e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

### 3.1 A segurança jurídica, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 e os arts. 21 e 24 da Lei nº 13.655/18

Quando se fala em segurança jurídica, é importante destacar o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Assim prevê o referido artigo:

Art. 54 – o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

O aludido artigo 54 da Lei do Processo Administrativo, na esfera federal, estabelece prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública anule os atos ilegais que produzam efeitos favoráveis aos seus destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Almiro do Couto e Silva<sup>15</sup> esclarece como que o reconhecimento do princípio da segurança jurídica inserto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 vem influenciando súmulas já consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal:

o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da proteção da confiança como princípio constitucional rompeu com os paradigmas estabelecidos nas súmulas 473 e 346 da Corte Suprema, que proclamavam a possibilidade que tinha a Administração Pública de, a qualquer tempo, anular seus atos administrativos eivados de ilegalidade.

A respeito, Marçal Justen Filho<sup>16</sup> também se manifesta:

essa disposição se afigura como uma norma geral de direito administrativo, cujo conteúdo vincula a todos os entes federativos. Não se trata, como é evidente, de uma norma puramente procedimental, que tenha sido editada apenas para vigorar no âmbito da União.

Não se pode admitir a ausência de prazo decadencial para o desfazimento dos próprios atos por

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.prosocietate.com/publicacoes/artigos-breves-coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-n-13-655-18>. Acesso em: 28 jun. 2019.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 19 maio 2019.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1258.

Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso conduziria a resultados despropositados. Acabaria por gerar o único caso de competência eterna para o exercício de um dever-poder. Portanto, até se pode reconhecer a competência legislativa de cada ente federativo para disciplinar a matéria. Mas o tema envolve competência comum a todos os entes federados e, na omissão de lei local, prevalece a norma editada pela União.

Verifica-se, pois, que a Lei nº 9.784/99 colocou fim a uma discussão que existia há longos anos na doutrina e na jurisprudência administrativista, que girava em torno da seguinte questão: se a Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade (art. 37, caput, da CF/88), teria ela prazo para anular seus atos eivados de vícios?

O dilema sempre foi conjugar a legalidade com a segurança jurídica, ambos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deve ao fato de que, estando a Administração Pública sujeita aos ditames da lei, ao se deparar com um ato ilegal, teria ela o direito de anulá-lo a qualquer tempo e, portanto, independentemente de prazo.

Essa ideia, apesar de muitas vezes se mostrar legítima, não se coaduna com o Princípio da Segurança Jurídica, na medida em que permitir ao administrador público o desfazimento de um ato ilegal a qualquer tempo, como algo que se eterniza no tempo, afeta a paz social e a estabilidade jurídica que se espera das ações estatais.

A violação de um ato e sua infringência à lei é algo prejudicial ao interesse público. Porém, muitas vezes, diante da situação concreta, o interesse público será muito mais afetado com a desconstituição desse ato ilegal, de modo que preservá-lo assim, será a melhor solução a ser tomada para os interesses da coletividade.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> já decidiu nesse sentido:

O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação. 2. A Infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 3. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, na seara da invalidação de seus atos, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada, está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração. 4. O art. 54 da Lei nº 9.784/99, aplicável analogicamente ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica, no domínio do Direito Público, estipulando ao prazo decadencial de 05 anos para revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a *contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno mínimo quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão ao direito subjetivo, sendo seu titular isento de responsabilidade pela ato eivado de vício.

A convalidação de atos ilegais, após o transcurso do prazo decadencial de 05 anos, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99, é a medida mais segura e adequada aos ditames do princípio da segurança jurídica que privilegia, em detrimento da legalidade, a paz social.

Em complementação a esse entendimento, a Lei nº 13.655/18 nos artigos 21 e 24 também dispõe sobre a invalidação de atos administrativos.

O Art. 21 da referida Lei, assim, preconiza:

<sup>17</sup> RMS 24.430/AC, 5º T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03.03.2009, DJe 30.03.2009.

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 expreso 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.

Em atenção à segurança jurídica, a Lei 13.655/2018, no referido artigo, estipula que, em casos em que a invalidação do ato, do contrato, do processo, do ajuste ou da norma causar ônus ou perdas excessivas, cabe ao administrador ou ao julgador regularizar a situação da forma mais proporcional possível aos interesses gerais, obrigando a todos atentar para eventuais consequências malélicas que a desconstituição de um ato possa gerar nas relações sociais.

Fernando Menegat<sup>18</sup> comenta que:

a bem da verdade, a tônica da nova Lei n. 13.655/2018 em nada destoa daquela já estatuída pela redação até então vigente da LINDB, estatuinto, no art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A mesma lógica se extrai do novo CPC, ao afirmar no art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Na mesma toada, o art. 24 ainda preconiza:

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.

O dispositivo em comento impede a retroatividade de entendimentos jurisprudenciais a situações jurídicas já consolidadas. Conforme a nova legislação, não somente a Lei é irretroativa, mas também a jurisprudência, de modo que a nova interpretação jurisprudencial não pode retroagir para alcançar situações pretéritas que foram interpretadas por orientações vigorantes à época dos fatos.

## 4 Aplicabilidade prática do Princípio da Segurança Jurídica

Nessa parte do artigo, passamos a elencar as mais importantes decisões administrativas e judiciais sobre a aplicabilidade prática do Princípio da Segurança Jurídica nos casos concretos considerados.

O intuito desse ponto do trabalho é demonstrar, por meio de decisões administrativas e acórdãos da jurisprudência brasileira, como que a Administração Pública e os Tribunais brasileiros vêm aplicando o conteúdo inserto no princípio da segurança jurídica, em especial aquele que consta do art. 54 da Lei nº 9.784/99, em consonância, atualmente, com as novas disposições inseridas na LINDB feitas pela Lei nº 13.655/2018.

<sup>18</sup> MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 29 jun. 2019.

Nesses termos, segue o julgado da Primeira Turma do Tribunal Federal da 1ª Região, que, assim, dispôs:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. RECEBIMENTO DE DÉCIMOS DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO “DAS” INCORPORADOS. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO. IRRETROATIVIDADE. LEI 9784/99. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Trata-se de apelação em mandado de segurança, interposta contra a sentença que denegou a segurança, onde o impetrante objetivava não sofrer descontos em seus proventos, a título de reposição ao erário, referente a décimos de gratificação incorporada, recebidos no período compreendido entre setembro/2000 e fevereiro/2002. 2. O ato impugnado tem lastro no Ofício Circular n. 19/SRH/MP, fundado em parecer da AGU, com o objetivo de unificar o entendimento sobre aplicação da legislação correlata à incorporação de parcelas incorporadas. 3. Ficou evidenciado, portanto, mudança de entendimento de norma, sendo vedado à Administração pública retroagir nova interpretação, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Precedente deste Tribunal (AC 1999.01.00.089520-6/DF, Primeira Turma, Relator Juiz Federal João Batista Gomes Moreira (Conv.), DJ 28/08/2000, p. 35). 4. Reposição ao erário: boa-fé e natureza alimentícia: são inexigíveis as verbas de natureza alimentícia recebidas de boa-fé pagas indevidamente. Súmula 106 do STF e Precedentes deste Tribunal (AC 2004.34.00.008703-3/DF, Primeira Turma, Relatora Juíza Federal Sônia Diniz Viana (Conv.), e-DJF1 13/01/2009, p. 29 e AMS 2000.34.00.005323-2/D, Primeira Turma, Relator Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 16/09/2008, p. 42) 5. Apelação provida, para, reformando a sentença, conceder a segurança, para que a autoridade Impetrada se abstenha de efetuar descontos, nos proventos do Impetrante, de parcelas recebidas de boa-fé, referentes a incorporações de décimos, recebidos no período de setembro/2000 a fevereiro/2002. (TRF-1 - AMS: 38878 DF 2003.34.00.038878-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, Data de Julgamento: 03/06/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 21/07/2009 e-DJF1 p. 30).

No caso acima, o servidor público impetrante havia recebido, no período de setembro de 2000 a fevereiro de 2002, de boa-fé, gratificações que se incorporaram aos seus proventos. A Administração Pública, alegando que tais verbas eram indevidas, efetuou descontos para ressarcimento ao erário. Inconformado, o servidor público buscou o Poder Judiciário a fim de afastar os descontos com base no princípio da segurança jurídica.

O TRF da 1ª Região houve por bem afastar tais descontos alegando que, além da boa-fé, essas verbas ainda apresentavam natureza alimentar, de modo que a segurança jurídica deveria prevalecer nos termos do art. 2º da referida Lei nº 9.784/99, diante da mudança de interpretação realizada pela própria Administração.

Em outra circunstância, o Tribunal de Justiça do Acre decidiu:

EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AFASTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MÉRITO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. CONVALIDAÇÃO POR DECURSO DO PRAZO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1. Não se aplica o instituto da decadência administrativa quando a acumulação remunerada de cargos públicos estiver em descompasso ao preceito constitucional (STJ). 2. Deve ser prestigiado o princípio da segurança jurídica quando verificado que há 30 (trinta) anos, a Administração Pública insta-a a optar por um deles, sob pena de instauração de processo administrativo em que a pena de demissão é um dos desfechos prováveis. 3. A aplicação do princípio da segurança jurídica não implica nenhum desdouro à norma constitucional (art. 37, XXXVI), pois também a Constituição Federal alberga o princípio da segurança jurídica, ainda que o faça implicitamente em diversos dispositivos. 4. Mandado de Segurança conhecido e concedido. TJ-AC – MANDADO DE SEGURANÇA MS 01021469620158010000 AC 0102146/96.2015.8.01.0000 (TJ-AC).

Na decisão acima, a impetrante questiona ato do Governador que a demitiu por exercício ilegal de cargos, violador da regra da vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, prevista no art. 37, inciso XVI da CF. Argumentou a impetrante que os dois cargos públicos por ela ocupados estavam sendo acumulados há mais de 30 anos, ultrapassando o quinquênio legal. O Tribunal de Justiça do Acre, sob o argumento

de que na ausência de má-fé e por exercer os cargos há mais de 30 anos sem qualquer oposição estatal, com base na segurança jurídica e na proteção da confiança, acolheu a decadência administrativa.

Em outra oportunidade, o acórdão do Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de violação da segurança jurídica:

EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANAC. EDITAL. RETIFICAÇÃO ANTES DAS INSCRIÇÕES. NECESSIDADE DE EXPERIÊNCIA MÍNIMA DE 2500 HORAS DE VÔO. EXIGÊNCIA RAZOÁVEL PARA O CARGO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ DA ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDENTE. 1- O Edital é a Lei do concurso e estabelece regras que garantem a isonomia e igualdade de condições de ingresso para o serviço público. 2- De uma simples leitura do edital, percebe-se que apenas a especialidade descrita no item 2.1.4.1 dependia exclusivamente de formação em nível superior em qualquer área. Todas as demais incluíam formação ou especialização específica. Acolher a interpretação do impetrante viola o princípio da isonomia, pois exigiria diferentes requisitos para o mesmo cargo. 3- É razoável que para a especialidade PILOTO, a Administração Pública entenda necessário experiência de vôo. 4- A nomeação e aprovação em curso de formação não garantem a posse ao impetrante, quando este não preenche os requisitos necessários à investidura no cargo pleiteado. 5- Não há que se falar em violação do princípio da segurança jurídica e da boa-fé da Administração, mas em cumprimento da Lei do concurso, com isonomia e transparência. 6- Recurso improvido. Sentença mantida.

Nesse acórdão da Corte Suprema, o impetrante ingressou com mandado de segurança sob a alegação de que a Administração, ao exigir como requisito para investidura em cargo de piloto da ANAC a experiência mínima de 2500 horas, estar-se-ia violando a segurança jurídica e boa-fé esperados da conduta estatal ante a elaboração de editais de concurso público. O Supremo Tribunal Federal afasta a alegação, sob o fundamento de que a exigência de experiência mínima de vôo não viola a segurança jurídica, nem boa-fé, mas reflete cumprimento da Lei e, em especial, do Princípio da Isonomia.

Também já se manifestou a Corte Constitucional em questão de bastante repercussão, referente à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas disponibilizado em edital pela Administração:

STF – Servidor público. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tema 161. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. II – Administração pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. CF/88, art. 5º, LXIX. CF/88, art. 37, «caput», I, II, III, IV e CF/88, art. 167, § 3º. Emenda Constitucional 14/1996. Lei 12.016/2009, art. 3º e Lei 12.016/2009, art. 7º § 2º. Súmula 15/STF. CF/88, art. 102, III e § 3º. Lei 8.038/1990, art. 26. CPC, art. 543-A. CPC/2015, art. 976, e ss. CPC/2015, art. 1.035. CPC/2015, art. 1.036. CPC/2015, art. 1.037. CPC/2015, art. 1.038. CPC/2015, art. 1.039. CPC/2015, art. 1.040. (RE 598099/MS – Tribunal Pleno – Repercussão geral. Julgamento 10 de agosto de 2011. Min. Gilmar Mendes).

Verifica-se, no acórdão acima, que o Supremo Tribunal Federal vem considerando atitude violadora do Princípio da Segurança Jurídica e da Boa-fé a discricionariedade administrativa na nomeação de candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas publicado no edital do concurso público. Se a Administração Pública divulgou o número de vagas, por questão de confiança nas relações estatais, nada mais justo que a nomeação se dê a todos os candidatos aprovados dentro desse número. Não se poderia esperar outra conduta da Administração Pública.

O Conselho Nacional de Justiça, em atenção aos ditames do Princípio da Segurança Jurídica, também já entendeu que:

Conselho Nacional de Justiça

Autos:PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO - 0008378-76.2017.2.00.0000

Requerente:MARCINEI RIBEIRO LUIZ

Requerido:CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA. A impugnação tardia do edital do Concurso, quase 11 anos após seu encerramento, impede

a apreciação do objeto destes autos pelo CNJ e consequente extensão dos efeitos da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança às demais serventias. II. Operado o prazo decadencial para o ajuizamento da ação judicial, por consequência lógica, precluiu o direito administrativo de impugnar a não observância de item do edital. III. O princípio da segurança jurídica e da presunção de legitimidade dos atos administrativos impedem que se impugne o conteúdo do edital em momento posterior, avançando o certame sem que houvesse reclamação ou oposição. IV. Recurso administrativo conhecido e não provido.

Como órgão fiscalizador do Poder Judiciário, o CNJ declarou ofensivo ao Princípio da Segurança Jurídica a apreciação de cláusula de edital de concurso público feita há quase 11 anos após. Preclusão consumativa e proteção da confiança ante o não questionamento das irregularidades do certame no momento adequado.

Em outro momento, o Conselho Nacional de Justiça também decidiu que:

EMENTA. Conquanto evidenciada, ao exame de inúmeros casos, a inadequação do sistema que admite a cumulação de títulos de pós-graduação, resultante da aplicação da regulamentação editada por este Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 81/2009, o novo entendimento daí decorrente, embora encaminhe à necessária revisão desse ato normativo, não pode ser aplicado para os concursos em andamento, que são informados exatamente por normas editalícias fundadas no modelo aprovado por aquele regramento, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da impessoalidade. 2. No caso específico dos autos, a publicação do Edital do Concurso foi efetivada em 21 de junho de 2012, enquanto que a decisão do CNJ que consagra o moderno entendimento em relação à impossibilidade de cumulação de quaisquer títulos foi proferida somente em junho deste ano de 2013. Dessa forma, a alteração do regramento durante o certame não se afigura viável, pois, como decidiu recentemente este plenário ao exame de caso análogo, isso importaria em ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança (CNJ – PCA nº 0004367-43.2013.2.00.0000 – Rel. Cons. Gisela Gondin – 179ª Sessão – j. 12/11/2013). 3. Procedimentos julgados improcedentes.

Novamente, o CNJ se vale do Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança para impedir que a mudança de entendimento do próprio órgão seja aplicada para concursos públicos em andamento cujas regras aplicadas são informadas por regulamento anterior ao novo entendimento. Pensar de forma diferente causaria situação temerária à segurança das relações jurídicas e instabilidade social.

## 5 Considerações finais

O Princípio da Segurança Jurídica é considerado primordial para a estabilidade de um Estado democrático de Direito. A confiança das relações jurídicas, em especial das relações entre o administrado e a Administração Pública, é um elemento de moralizador e que pode ser extraído do próprio princípio da segurança jurídica.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, prevê, expressamente, a necessidade da lei não prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. A irretroatividade da lei, como regra, é uma garantia constitucional de que situações já consolidadas não sejam afetadas por legislações posteriores a elas.

A retroatividade, portanto, nesse sentido, há de ser considerada uma exceção do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, as mudanças de entendimento e de interpretação da Administração Pública não podem afetar situações pretéritas consolidadas, aplicando-se a situações presentes ou futuras. Isso é uma garantia conferida ao cidadão de não ser pego por decisões repentinas tomadas pelo Estado, preservando-se, assim, o Princípio da Não Surpresa.

No mesmo sentido, o questionamento de irregularidades após o prazo decadencial e quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 põe em risco a segurança jurídica e, muitas vezes, é capaz de causar danos

irreparáveis ao interesse público.

No embate entre a legalidade das condutas da Administração e a estabilidade das relações jurídicas e paz social, estas ganharam força, tanto na legislação específica (Lei nº 9.784/99) como na jurisprudência brasileira e nas decisões de órgãos administrativos de controle.

Ressalta-se que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro foi recentemente alterada pela legislação nº 13.655/2018. A importância dessa nova legislação é patente, na medida que, em vez de se constituir em uma norma autônoma, providenciou a inserção de vários dispositivos a um conjunto de normas considerado um “superdireito”, que orienta e auxilia a aplicação das demais normas jurídicas. Suas consequências serão irradiadas a todos os ramos do direito.

Os reflexos dessas novas disposições são os pontos mais importantes a serem considerados. Atualmente, não somente o gestor e o controlador se submetem à regra da segurança jurídica. O próprio Poder Judiciário passa a ser submetidos às novas exigências advindas da Lei nº 13.655/2018.

Dessa forma, o juiz deverá, mais do que nunca, ficar atento às consequências jurídicas advindas de suas decisões. Restaram claras as intenções das novas alterações que o juiz, o administrador ou o controlador deve fazer uma previsibilidade na tomada de suas decisões, evitando-se ao máximo gerar ônus e encargos excessivos e desproporcionais aos interesses gerais e, quando isso ocorrer, regularizar a situação para que a referida segurança seja retomada como corolário básico de um Estado de Direito.

As diversas decisões transcritas no texto dessa pesquisa demonstram a preocupação dos nossos órgãos de controle e também do Poder Judiciário, em especial por seus Tribunais superiores, de preservar a paz social e a confiança do cidadão nas condutas estatais.

Essa tendência há de se reforçar com as novas disposições da Lei nº 13.655/2018. É óbvio que as novas normas não estarão imunes de críticas e de controvérsias. Cada vez mais, há uma preocupação legislativa com a previsibilidade das ações estatais.

Percebe-se, portanto, a criação de novas responsabilidades ao administrador, aos controladores e aos juízes, que deverão prever as consequências práticas de suas decisões, estabelecer regimes de transição, responder pessoalmente por erros grosseiros e minimizar os efeitos negativos de seus atos com interpretações mais razoáveis aos interesses gerais.

A responsabilidade pela estabilidade das relações jurídicas, contudo, não cabe, apenas, a esses agentes estatais. O esforço para que a segurança jurídica prevaleça é de todos os operadores do direito, ganhando, a partir da legislação nº 13.655/18, uma amplitude não antes considerada, a fim de que, sem se sacrificar por completo o processo interpretativo que lhes cabe, a concretização da justiça se faça prevalente.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

COLUSSI, Fernando Augusto Melo. *Análise das mudanças promovidas pela Lei n. 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/download/51/>

47/. Acesso em: 28 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Inclusão de dez artigos na LINDB traz importantes inovação ao direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 28 jun. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 29 jun. 2019.

PREDIGER, Karin. *Segurança jurídica e a nova interpretação administrativa*. Disponível em: <http://www.blogservidorlegal.com.br/seguranca-juridica-e-nova-interpretacao-administrativa/>. Acesso em: 18 maio 2019.

REZENDE, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Sociedade por ações  
simplificada (SAS). Experiências  
internacionais y, desafios en  
México**

**Simplified Joint-Stock Company.  
International experiences and  
challenges in Mexico.**

Martha Luisa Puente Esparza

Miguel Angel Vega Campos

Guadalupe del Carmen Briano  
Turrent

# Sociedad por acciones simplificada (SAS). Experiencias internacionales y, desafíos en México\*

## Simplified Joint-Stock Company. International experiences and challenges in Mexico.

Martha Luisa Puente Esparza\*\*

Miguel Angel Vega Campos\*\*\*

Guadalupe del Carmen Briano Turrent\*\*\*\*

### Resumen

La sociedad mercantil formada por una persona es novedad en México, Francia en 1994 inicia la constitución de sociedades unipersonales, Colombia en 2008 implemento esa regulación. En México se modifica en 2016 la Ley General de Sociedades Mercantiles para incluir la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) promocionando el registro sin requerir un fedatario público y, en 24 horas, la Secretaría de Economía (SE, 2017) será responsable de su registro. Rodríguez (2017) indica que la novedad de esta modificación fue; sociedades mercantiles unipersonales. Se presentan en forma sintetizada una serie de requisitos para lograr el registro, remarcando los que se consideran contradicen lo que se promociona como simplificación y, que se logre en el plazo de 24 horas. Se analiza si se logra el objetivo de simplificación para constituirse. El Manual del usuario emitido por la SE para registrarlas justifica el trabajo, presentando además opiniones de expertos sobre esta forma de asociación, el objetivo por medio de una revisión documental descriptiva es; demostrar que de sí, los requerimientos en el manual son contradictorios en cuanto a la simplificación y el tiempo para la constitución (24 horas) considerando que este se logra presentando las contradicciones a lo ofrecido por la autoridad.

**Palabras clave:** Sociedad por Acciones Simplificada, Secretaría de Economía, Manual del Usuario.

### Abstract

The mercantile society formed by a person is a novelty in Mexico, France in 1994 began the constitution of one-person companies. Colombia in 2008 implemented that regulation. In Mexico the General Law of Commercial Companies was modified in 2016 to include the Simplified Joint-Stock Company (SAS) encouraging without requiring a public notary and, a period of 24 hours. The Ministry of Economy (SE, 2017) it will be responsible for the registration. Rodríguez (2017) indicates that the novelty which this

\* Recibido em 19/07/2019  
Aprovado em 08/12/2019

\*\* Doutora em Administração pela Universidade Autónoma de San Luis Potosí. E-mail: Martha@pfca.uaslp.mx

\*\*\* Doutor em Administração pela Universidade Autónoma de San Luis Potosí. E-mail: vegacamposnet@hotmail.com

\*\*\*\* Doutora em Finanças e Contabilidade pela Universidade de Cantabria. E-mail: guadalupe.briano@uaslp.mx

modification meant was, one-person mercantile companies. A series of requirements to achieve registration are presented in synthesized form, highlighting those that are considered to contradict what is promoted as simplification and, which is achieved within 24 hours. It is analyzed whether the objective of simplification to be constituted is achieved. The User's Manual by the ME for registration, justified the present work, also presenting expert opinions on this form of association has generated, the objective through descriptive documentary review is: demonstrate that the requirements are contradictory regarding the simplification and the time for the constitution (24-hours), considering that this is achieved by presenting the contradictions to what is offered by the authority

**Keywords:** Simplified Society for Actions, Ministry of Economy, User Manual.

## 1 Introducción

En el ámbito de los negocios es reconocido a nivel mundial la importancia de las micro, pequeñas y medianas empresas. Arana, (2017) en su artículo para Forbes indica; que el bajo crecimiento, poca escalabilidad y crédito limitado son algunos problemas que enfrentan las Pymes, en 2018, establece que existen 4.2 millones de unidades económicas en México, el 99.8 son consideradas Pymes, las cuales aportan 42% del PIB y generan el 78% del empleo del país.

Parafraseando a los autores, León & Ríos (2017: 50) establecen que, dada la importancia relevante de las Mipymes y, como una posibilidad de contrarrestar la problemática que enfrentan o bien, incentivar a los emprendedores en obtener una seguridad y la posibilidad de obtener formalización de sus negocios, se implementó el nuevo régimen de la SAS en México.

En el Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 2016 (DOF, 2016) se publicó el Decreto con las reformas y adiciones a diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM). El fundamento para ello fue la creación de un nuevo tipo de sociedad que se denomina SAS, quedando comprendida su regulación en el Capítulo XIV, las principales características de esta nueva forma de sociedad: constituirse con una o más personas física, solo responden por el monto de sus aportaciones, sus ingresos no deberán ser superiores a 5 millones de pesos y, solo estarán integradas por personas físicas, quedando registradas en 24 horas y sin costo por el trámite.

En 1966 en Francia, León (2016) menciona que se generó una forma de sociedad denominada Sociedad por Acciones Simplificada, la cual ha tenido aceptación a nivel internacional, Enbid (2017) expresa que; Colombia reguló este tipo de sociedades en su Ley de 2008, considera que es uno de los países que ha tenido más éxito con esta propuesta, la regulación que se presenta en México como requisito para constituirse es la situación que generó el interés en el presente trabajo, se justifica por la importancia de la población (personas físicas, micro empresarios) a la que se quiere motivar para que se formalicen, promoviendo la simplicidad del trámite, el objetivo es establecer con datos de la autoridad responsable sí efectivamente es un trámite simplificado y se constituyen en 24 horas.

En México existe amplia libertad de los socios para integrar los estatutos sociales de cualquier sociedad mercantil y para emitir diversas clases de acciones, así como flexibilidad en la constitución de ciertos subtipos de S. de R.L., y para la SAS, aunque ésta es regulada con excesiva rigidez ya que los socios no pueden ser socios controladores de otra sociedad que les permita el control en la SAS y, se imponen obligaciones adicionales a la SAS y a sus socios que no se establecen en los otros tipos legales (León, 2017, p.217) también establece que el único propósito es identificar a operadores económicos que no contribuyen al gasto público.

La opinión de la autora sobre la regulación y rigidez de esta nueva modalidad de constituirse, expresa la opinión de los autores de este trabajo como la no simplificación, siendo esta la situación que aquí se

documenta con los siguientes objetivos:

- Breve panorámica de las experiencias en Francia y Colombia, sobre la legislación de las SAS y, las opiniones de algunos autores.
- Analizar y presentar de forma sintetizada los requisitos de la Secretaría de Economía para la constitución de la SAS, estableciendo si se cumple el ofrecimiento de la autoridad sobre la simplificación al constituirse en el plazo de 24 horas.

Se justifica al considerar que: según la opinión de León & Ríos (2017: 50) parafraseándolos, las finanzas públicas enmarcadas en un ámbito complicado y, su prosperidad económica, dependen de un ambiente propicio para los negocios, lo que hace necesario la regulación para nuevas empresas, dado que en ocasiones su implementación puede volverse un proceso difícil y costoso, lo que desalienta la actividad empresarial.

Para los autores de este trabajo también se considera a la par de lo anterior, el interés de la autoridad por resolver la problemática de falta de recaudación, sin embargo, haciendo eco de la percepción a nivel internacional (OCDE entre otros organismos) al emitir la regulación, su complejidad no permite que se logre el fin que la autoridad pretende: La SAS se considera otro intento en el cual prevalece la complejidad o contradicción y, que representa desafíos los cuales se pretenden demostrar en los objetivos de este trabajo.

## 2 Marco conceptual de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)

La Organización de Estados Americanos (OEA, 2017) aprobó en junio de 2017 la Ley Modelo de la OEA sobre Corporaciones Simplificadas con base en la legislación colombiana sobre Sociedades Simplificadas (Ley 1258 de 2008) que tiene como objetivo reducir los costos de transacciones para iniciar, llevar a cabo y liquidar cualquier empresa comercial dada. [---] la idea principal para su adopción es; que la reducción de costos de transacción puede fomentar el crecimiento económico y el comercio y, como vínculo para fomentar la actividad formal en economías emergentes [...] la reducción de la informalidad, al establecer un entorno legal propicio para las empresas [...] traducción del texto por los autores.

La SAS, parafraseando a León (2016, p 217) parece tener como único propósito identificar a pequeños operadores económicos que no contribuyen al gasto público, que el favorecer la constitución de sociedades mercantiles para gozar de la limitación de responsabilidad, lo que podría poner en riesgo la utilidad práctica de la SAS y continuar con la utilización de la sociedad anónima como el tipo preferido por los operadores económicos, aunque ciertas ventajas de esta figura, como la unipersonalidad y la eliminación de los costos de constitución y registro pueden incentivar su predilección para microempresarios.

Chávez, A; Rivera, C.; Peña, M.; López, C.; Valdez, A. (2018) consideran que uno de los retos en México es la disminución de los altos índices de informalidad en las actividades económicas, particularmente en el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas, lo que representa gran parte de la evasión fiscal existente en el país, una de las estrategias para fomentar la creación de empresas bajo un esquema formal que repercute directamente en la recaudación

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP, 2016) en las modificaciones a la Resolución Miscelánea para 2016 publicadas en el DOF del 30 septiembre en la regla 2.2.10 establece que las SAS podrán inscribirse en el RFC a través del Portal [gob.mx/Tuempresa](http://gob.mx/Tuempresa) cumpliendo con lo establecido en la ficha de trámite 235/CFE “Solicitud de inscripción.....” contenida en el Anexo 1-A

Para efectos del artículo 17-D del CFE, una vez concluida la inscripción en el RFC, las SAS podrán tra-

mitar por única vez a través del mencionado Portal su certificado de e.firma cumpliendo con lo establecido en la ficha de trámite 236/CFF contenida en el Anexo 1-A.

### PYMES

(León & Ríos, 2017: 51, citando al Banco Mundial, 2017) indican que en el reporte Doing Business 2017 del organismo, en cuanto a la facilidad para comenzar un negocio, México se encuentra en el lugar 93 de 190 economías.

Arana (2017) en su artículo, establece por medio de la plataforma de préstamos en línea para Pymes en México, Konfío (fundador y CEO de la empresa), en los resultados de la encuesta realizada [...] a 513 empresarios, solo se presentan dos de los resultados:

- Su producción o el tamaño de clientes: el 50% de las empresas no han logrado escalar con el paso de los años,[...]
- Crédito: 7 de cada 10 empresarios señalan la falta de acceso al crédito, 41.8% cuenta con créditos no bancarizados e interés más caro,[...]

## **3 Experiencias en Francia, Colombia y Formalización de las SAS en México**

### **Francia**

Antecedentes de la SAS, citados por León (2016) indica que el origen de estas parece ubicarse en la preocupación de los empresarios, vertida en el reporte Field de 1989, sobre “La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d’entreprises”, [...] que buscaba una estructura para la cooperación entre empresas de grandes dimensiones, que desarrollaran actividades industriales o comerciales sin estar regidas por la ley 1966 sobre sociedades mercantiles.

La Ley francesa de 1994, reformó a la ley de 1966, reconoció a las SAS como un instrumento de cooperación para fomentar la creación de filiales comunes en Francia, a efecto de eliminar las reglas restrictivas [...] en 1999, con la ley de julio, se cambia el paradigma [...] se permite la constitución por personas físicas, desaparece la exigencia del capital social mínimo y se reconocen dos subtipos, la SAS Unipersonal (SASU) originaria o derivada, con ventajas sobre la empresa unipersonal de responsabilidad limitada por la libertad en la organización y de funcionamiento, fácil cesión de derechos, posibilidad de ser socio de otra SASU, concibiéndola como una verdadera sociedad simplificada, dejando a los fundadores mayor libertad para regular el funcionamiento y organización del ente social.

En la Ley de 2001 [...] se permite a los miembros de profesiones liberales ejercer su actividad bajo el subtipo SELAS; con la reforma en la Ley en diciembre de 2014, las SAS ya no están obligadas a tener un capital mínimo de 37.000 €.

### **Colombia**

Embid (2014,p.230) hace una reflexión del texto de Reyes 2014, él establece que [...] con la figura de la sociedad por acciones simplificada (SAS), el Derecho y la realidad empresarial de Colombia han experimentado cambios de extraordinario relieve, siendo tal vez lo más llamativo el breve lapso de tiempo en el que se han realizado; téngase en cuenta que la SAS ha sido regulada por la Ley 1258 de 2008, habiendo alcanzado en algo más de un lustro la primera posición entre las sociedades mercantiles reconocidas en el Derecho colombiano, con amplia ventaja respecto de las demás [...]merece destacarse la singularidad del supuesto, que, en lo que nos es conocido, no tiene parangón.

León (2016) menciona el año 2008 como inicio de la creación de la SAS para facilitar una estructura simple, como alternativa para evitar la doble tributación de las sociedades de capital,[...] finalmente se concedió al empresario amplia flexibilidad lo que favoreció su gran utilización y su generalización para las pequeñas y medianas empresas con tanto éxito que incluso en la ciudad de Valledupar, Colombia del total de 10.595 sociedades constituidas en 2009, 1.164 fueron S. de R.L., 149 empresas unipersonales, 1.195 sociedades en comandita por acciones y 8.087 SAS.

Nieto e Isaza (2010) señalan en su artículo sobre flexibilización que en el estatuto 220-003992 del 1 de febrero de 2010, en el cual se concibe la posibilidad de constituir una SAS mediante mensaje de datos suscrito por firma electrónica, en la medida que la Ley 527 de 1999 establece su calidad documental y la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000 declaró exequible los parámetros de valoración para certificar la autenticidad de los mensajes de datos. Situación que ahora promueve México

Betancourt, Gómez, López, Pamplona & Beltrán (2013) [...] ventajas y desventajas de las SAS en Colombia, [...] en materia de constitución y transformación de este tipo de sociedad (el 41% de las sociedades son SAS desde su creación y el 59% se transformaron), [...] la principal motivación para cambiar su sociedad a SAS fue la flexibilidad que ofrece la estructura, el uso del documento privado para constituir la SAS y el término de duración indefinida reflejan la necesidad que tienen los empresarios de disminuir costos y tiempos en los trámites societarios.

## 4 Formalización de las SAS en México

La modificación a la LGSM en 2016 mediante decreto para la creación de la SAS quedó establecida en el Capítulo XIV. Una particularidad de esta nueva forma de sociedad es respecto de lo que se entiende por sociedad para efectos mercantiles, el artículo 260 del capítulo antes mencionado indica:

1) Se puede constituir con una o más personas físicas, 2) Solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas por acciones, 3) No pueden las personas formar parte de otro tipo de sociedad mercantil en forma simultánea si se es accionista de ella y su participación le permite tener el control de la misma o de su administración, 4) Sus ingresos no podrán ser mayores a 5 millones de pesos (actualizables), 5) Constitución en 24 horas.

La página de la SE (2018) en el Reporte de Sociedades Mercantiles, muestra información de la cual; se relacionan solo las diferencias de lo que se menciona en el párrafo anterior.

**Requisitos para constituir una SAS: A)** Firma electrónica (**e.firma**) de todos los accionistas. **B)** Que alguno de los accionistas cuente con la *autorización de la denominación* de la sociedad que puedes obtener en línea.

La iniciativa tiene como objetivos, eliminar la informalidad, simplificar el proceso de constitución para micro y pequeñas empresas, Ordoñez (2016) en su nota para IDOnline da a conocer que en septiembre de 2016 en el DOF se emitieron modificaciones al Reglamento de Autorización de Uso de Denominaciones y Razones Sociales para añadir disposiciones aplicables a las SAS, [...] se reconoce que el solicitante podrá reservar alguna denominación social sin necesidad de un fedatario público,[...] que los interesados en el trámite no podrán solicitar el auxilio de los funcionarios de la SE cuando no cuenten con firma electrónica condición obligatoria para estas entidades.

### Desafío

Final del formulario

León (2016) considera que las SAS son la máxima expresión de la libertad del ejercicio del comercio con

responsabilidad limitada mediante una organización similar a la de la sociedad anónima y sin los requisitos ni las formalidades exigidas para ésta, aunque en México, conforme la reforma de 2016 que reconoce a la SAS, los socios de éstas tienen mayores limitaciones, prohibiciones y exigencias que el socio de cualquier otra sociedad mercantil este es el desafío en cuanto a su puesta en marcha promoviendo la simplificación.

#### Ámbito jurídico

En el ámbito jurídico Arcudía (2016.) Establece situaciones respecto de las SAS, entre otros el siguiente al considerarlo importante para el fin de esta investigación:

*La unipersonalidad; al indicar “[...] la LGSM establece como causa de la disolución de una sociedad mercantil que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta ley establece, o que las partes de interés se reúnan en una sola persona ( Artículo 229 F IV de la LGSM)”*

.....

Ordoñez (2016) parafraseando su nota publicada por IDOnline indica que; en el DOF del 22 de septiembre de 2016 se publicaron modificaciones al Reglamento de Autorización de Uso de Denominaciones y Razones Sociales a cargo de la SE, para añadir disposiciones aplicables a las SAS, una de ellas es; que el solicitante podrá reservar alguna denominación social, sin que sea necesario elegir un fedatario público para su constitución, el aviso de uso será emitido en forma automática, no se podrá gestionar este trámite si no se cuenta con la firma electrónica avanzada.

Maya & Ramírez (2018) indican que dentro de las ventajas de las SAS referente a la administración simplificada, en un mismo portal se realizan trámites con diversas dependencias como: el Servicio de Administración Tributaria (SAT), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la Secretaría de Economía (SE), entre otras, sin embargo en el manual que es el motivo de revisión y fundamento de esta investigación no se especifica el cómo se realizan estos trámites.

#### Ámbito Fiscal

En el aspecto fiscal al quedar incluidas en el artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR, 2017) de las sociedades mercantiles, deberán cumplir con las obligaciones fiscales del Título II de las personas morales, y en su caso, en el Título IV, Capítulo I como retenedoras de ISR de sus empleados y la inscripción de estos en el IMSS, además, según su actividad podrán o deberán estar sujetas a la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) o de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (LIEPS),

Pasantes (2016) en su nota para IDOnline menciona el dictamen de la Cámara de Diputados que reforma la LISR para 2017 y que se envió para aprobación al Senado, uno de los puntos se refiere a las SAS, acordando concederles que cuando sus ingresos sean menores a cinco millones de pesos la opción de acumularlos y determinar el ISR mediante flujo de efectivo, en lugar del devengado.

Rodríguez (2017) considera en el análisis de la regulación de la SAS en su nota electrónica que; parecía que la implementación de este tipo societario iba a ser todo un éxito, la perspectiva del tiempo ha descubierto carencias de la regulación, además de las críticas a la figura, que en algunos casos son fundadas y en otros no [...] que la principal crítica ha sido la inseguridad jurídica que supone la creación de la sociedad sin la intervención de un notario público y el hecho de que la simplificación del proceso no es tal.

Confirmando lo anterior Guevara (2019) considera que las ventajas de este tipo de sociedad estriban en a disposición de una ley clara, sencilla, corta y entendible para cualquier tipo de empresario. (Peña 2017, citado por Guevara 2019) indica que con el principio de intervención mínima del legislador. Los accionistas tienen la facultad de estructurar su empresa, diseñarla como más se acomode a sus propias necesidades, dentro del límite legal.

Sirve el comentario anterior para que a continuación se presente en forma textual la información básica

para el logro del objetivo de esta investigación, sobre la promoción de la constitución sin fedatario público, y en el término de 24 horas.

SE (2018) por medio de su la subsecretaria Ruiz, en conferencia de prensa aseguró que antes de la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, iniciar un negocio tenía un costo promedio de 20 mil pesos, y tomaba, aproximadamente, seis días. Hoy, subrayó, “es totalmente gratuito y se puede realizar en promedio en una hora 11 minutos” lo que contradice sumamente lo que a continuación se presenta y que es vigente, motivo de este trabajo ¿Cuál simplificación?

La información es de la SE (2016) en su plataforma, y con base en las reglas de carácter general para el funcionamiento y operación del sistema electrónico de SAS.

[.....]

Segunda.- Para efectos de las presentes Reglas Generales se entenderá por:

Accionista solicitante: persona física que dentro del Sistema realiza el trámite para constituir una SAS y que es titular de la autorización del uso de denominación social a que hace referencia el artículo 262 fracción III de la Ley;

....

Firma electrónica avanzada: [...] a través de certificados digitales vigentes que le haya emitido una Autoridad Certificadora;

[...]

SE (2016) de la Guía del usuario que se obtuvo de su página, la cual comprende 5 puntos, y es muy extensa (39 páginas) solo se mencionan lo que se considera básico para esta investigación.

### 1.- Objetivo.-

Principales características: Se promoverá el uso de medios electrónicos en la toma de decisiones de los accionistas.

Beneficios: [...] En línea y sin restricciones de horario / Podrás realizar el proceso de constitución desde cualquier dispositivo electrónico. [...]

La única forma para realizar este trámite es mediante el Sistema Electrónico de Constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas,[...]a cargo de la SE,

### 2.- Características y requerimientos del equipo de cómputo

Navegador : Mozilla Firefox, Chrome o Internet Explorer 10 o superior

Software: Acrobat o software para visualizar documento con extensión .pdf

JRE 1.6 o superior

Configuración: JavaScript habilitado / Cookies habilitado

Importante: *Cualquier duda o comentario por favor envía un correo indicando tu nombre completo, RFC y CURP y en su caso, captura de pantalla o evidencia para recibir una mejor asesoría* (copia textual de la SE)

### 3.- Descripción del Portal.- El sistema electrónico SAS está conformado por los siguientes apartados:

1) Autenticación. 2) Aviso. 3) Firmar términos y condiciones. 4) Seleccionar denominación. 5) Indicar Accionistas. 6) Indicar domicilio de la sociedad. 7) Indicar duración de la sociedad y estructura accionaria. 8) Indicar actividad principal y forma de Administración. 9) Firma del acto constitutivo y/o contrato social.

10) Inscripción en el Registro Público de Comercio (RPC). 11) Inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes (RFC). 12) Enrolamiento y obtención de e.firma de la SAS.

**4.- Antes de empezar.-** [...] deberás contar con los siguientes requisitos: 1) Autorización de uso de Denominación vigente otorgada por la Secretaría de Economía. 2) Firma electrónica avanzada emitida por el Servicio de Administración Tributaria. (*antes fiel*).

#### **5.- Proceso de Constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas**

**Autenticación.-** Deberás ingresar en la plataforma [www.gob.mx/tuempresa](http://www.gob.mx/tuempresa) en la sección ¿ERES CIUDADANO?, Ten a la mano tus archivos *.cer* y *.key*, así como la contraseña de tu *e.firma* y presiona el botón “*Autenticarse con e.firma*”. Selecciona el trámite que desees iniciar.

**Recuerda: {..} debes obtener previamente la autorización de uso de denominación, en [www.gob.mx/tuempresa](http://www.gob.mx/tuempresa) en la sección ¿AUTORIZACIÓN DE USO DE DENOMINACIÓN?** (los textos en negrita son copia fiel del manual de la SE)

**Aceptar Términos y Condiciones.-** Firmar las Términos y Condiciones de Uso. Es necesario **que tengas a la mano los archivos .cer y .key, así como contraseña de tu e.firma** y presiona el botón “*Firmar con e.firma*”.

**Selecciona la denominación de tu SAS.-** Una vez seleccionada la denominación, se mostrará la Clave Única de Documento (CUD) y su vigencia. presiona el botón “*continuar*”.

**Indicar accionistas.-** Señala si tu SAS estará integrada por un accionista o por varios.

**IMPORTANTE**, con fecha del 24 de febrero de 2018 en un comunicado de la SE que se titula “Solicita el nombre de tu empresa” indica: Este es el primer trámite para constituir tu empresa. La puedes obtener de manera gratuita, vía electrónica y **en menos de 72 horas**.

Para tramitarla necesitas: Nombre completo del solicitante / Correo electrónico personal / Registro Federal de Contribuyentes (RFC) / Clave Única de Registro de Población (CURP) / e.firma emitida por el Servicio de Administración Tributaria (SAT)

**Accionista único.** 1.- Verifica que tus datos personales estén correctos y completos. 2) Leer y firmar con tu *e.firma* el manifiesto. 3) Presiona el botón “*continuar*”.

**Duración y Estructura Accionaria.** Puede ser definida o indefinida, deberás proporcionar la siguiente información: ..... *El pago de las acciones no puede exceder de un año, contado a partir de la fecha de firma del contrato social*

**Indicar actividad principal y forma de Administración** *El Administrador Único es el representante legal de la Sociedad, quien pueden realizar todos los actos u operaciones tendientes a cumplir el objeto social.*

**Firma del Acto Constitutivo y/o Contrato Social.** Ingresa en la tarea Firma del Acto Constitutivo/ Contrato Social. *Podrás visualizar el contrato, aceptar o rechazar la versión y en caso de aceptarla debes firmar el contrato mediante tu e.firma.*

**Importante:** Si rechazas la versión, deberás iniciar un nuevo trámite.

.....

**Visualizar Resumen Final.-** Ingresa en la tarea Visualizar Resumen Final, [...] *debes presionar el botón “Firma de SE”* para que tu contrato social sea firmado por la Secretaría de Economía, Al obtener la firma de la SE, se forma el documento mediante el cual se manifiesta la conformidad para celebrar el acto constitutivo o contrato social, para continuar presiona el botón “*continuar*”.

**Inscripción en el Registro Público de Comercio (RPC).** Una vez firmado el contrato social, el sistema genera en automático la inscripción en el RPC.

## Inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes (RFC). Solicita la inscripción al SAT.

**Enrolamiento y obtención de e.firma de la SAS.-** Una vez que se obtuvo el RFC de la sociedad, presiona el botón *continuar*, la siguiente tarea es la solicitud de enrolamiento [...]Es necesario que el Administrador de la SAS ingrese su firma electrónica.

### Para obtener la e.firma de tu SAS:

1. Verifica que tengas JAVA instalado en tu máquina en: <https://www.java.com/es/>
2. Descarga la aplicación *certifica.jar* de la siguiente dirección: <https://portalsat.plataforma.sat.gob.mx/certifica/> . Averigua aquí (Microsoft Windows) si tu computadora es de 32 bits o de 64 bits para que sepas qué versión de *certifica.jar* descargar. Si tienes Mac descarga la versión de 64 bits.
3. Haz doble clic en el *archivo descargado certifica.jar* y haz clic en el botón que dice “Requerimiento de generación de firma electrónica”, como se muestra en la imagen:
  - Ingresar el RFC de tu SAS así como el correo electrónico proporcionado para la SAS; y el RFC.
  - Proporcionar la Contraseña o Clave Privada que deseas para la Firma Electrónica de tu SAS, Proporcionándote el archivo. req. por lo que deberás guardar en tu equipo de cómputo en la carpeta de Escritorio
  - Seleccionar tu archivo .req generado en Certifica, y una vez seleccionado deberás dar clic en Obtener E. firma.
  - Generándote el acuse respectivo de la E. Firma de la SAS, así como tú archivo .cer de la misma.

Se decidió marcar en cursiva y subrayado para establecer lo que se considera al inicio del trabajo como la complejidad que caracteriza al sistema mexicano en cuanto a la emisión de reglamentaciones, como lo es el que aquí se relaciona.

De la SE (2018) también se obtuvo el Registro Público de Comercio (RPC) Sistema de Publicaciones de Sociedades Mercantiles (PSM) recuperado el 22 de mayo 2018 que muestra la relación de 16,671 empresas registradas, de la forma que se presenta en la siguiente imagen.

La primera en la lista es del año 2016, es la única y las siguientes son de 2017 a mayo 2018 (fecha de recuperación de esta información) se hace notar que un muy bajo porcentaje son empresas constituidas de forma diferente a la SAS como el primero de los dos ejemplos que se muestran, y de éstas, más del 85% están constituidas como SAS de CV, esto se deduce al haber revisado solo 800 de las empresas registradas.

Denominación o Razón Social	Tipo de Publicación	Nombre de la Publicación	No. Publicación	Fecha	Texto de la Publicación
STANDARD ACQUISITION STORAGE MEXICO, S. DE R.L. DE C.V.	Balance (liquidación)	Liquidación	2016-000699925	30/06/2016	
YO SOY LA METTA, S.A.S. DE C.V.	Estados Financieros, Notas y Dictamen de los Comisarios	ESTADOS FINANCIEROS 2016 SAS	2017-0000168524	01/03/2017	

Fuente: Secretaría de Economía; *Publicaciones de Sociedades Mercantiles. Registro Público de Comercio (RPC) Sistema de Publicaciones.*

## 5 Marco Metodológico

La investigación es documental al ser una recolección de datos de las investigaciones sobre la Sociedad por Acciones Simplificada y la Guía para su constitución emitida por la Secretaría de Economía, es descriptivo al ubicar una situación en específico, que es inicio de esta forma de asociación en México a partir de 2016, analizando su regulación para comprobar el calificativo de simplicidad para constituirse con esta forma jurídica.

## 6 Resultados: Análisis y opinión sobre las disposiciones de la autoridad

La información que se presenta está en el marco conceptual en el apartado de México, es textual y, se considera necesario para demostrar si ésta representa la simplificación que indica la autoridad y el logro de los objetivos de este trabajo.

El texto en cursiva muestra la opinión de los autores fundamentando después de la disposición de la autoridad, el logro o no de simplificación en el tiempo estipulado.

**Descripción del Portal.-** El sistema electrónico SAS está conformado por 12 apartados: Página 11 de este texto.

**Antes de empezar.-** [...] contar con los siguientes requisitos: **1)** Autorización de uso de Denominación vigente otorgada por la SE. **2)** Firma electrónica avanzada emitida por el SAT. (*antes fiel*). Página 11 de este texto

*Para obtener la Firma, se requiere hacer cita que puede obtenerse el mismo día en que se solicita, si es época de declaraciones anuales se puede obtener mínimo después de 7 días, el trámite toma unos 20 a 30 minutos, es presencial (interesado), deberá llevar: IFE (u otra identificación oficial), CURP, Memoria extraíble, comprobante de domicilio y una dirección electrónica.*

### Proceso de Constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas.-

**Autenticación.-** Deberás ingresar en la plataforma [www.gob.mx/tuempresa](http://www.gob.mx/tuempresa) en la sección ¿ERES CIUDADANO?, Ten a la mano sus archivos *.cer* y *.key*, así como la contraseña de tu *e.firma* y presiona el botón “Autenticarse con *e.firma*”. Selecciona el trámite que deseas iniciar.

**Recuerda: {..}** debes obtener previamente la autorización de uso de denominación, en [www.gob.mx/tuempresa](http://www.gob.mx/tuempresa) en la sección ¿AUTORIZACIÓN DE USO DE DENOMINACIÓN? Página 12 de este texto.

*La pregunta sobre este paso es: respecto del manejo de los archivos cer y key ¿será entendible para el interesado en registrar su empresa el manejo de estos términos, el acceso a ellos? ¿Cuánto tiempo requerirá atender y entender las instrucciones?*

### Características y requerimientos del equipo de cómputo

Navegador : Mozilla Firefox, Chrome o Internet Explorer 10 o superior

Software: Acrobat o software para visualizar documento con extensión .pdf

JRE 1.6 o superior

Configuración: JavaScript habilitado / Cookies habilitado

Importante: Cualquier duda o comentario por favor envía un correo indicando tu nombre completo,

RFC y CURP y en su caso, captura de pantalla o evidencia para recibir una mejor asesoría.

*Con esta exigencia se deduce que será de gran dificultad que las personas físicas se den de alta sin costo para el interesado, al tener que adquirir el equipo y software necesario solo para poder ingresar a la página de la SE e iniciar el procedimiento de constitución.*

**Para obtener la e.firma de tu SAS:** **1)** Verifica que tengas JAVA instalado en tu máquina en: <https://www.java.com/es/> . **2)** Descarga la aplicación certifica.jar de la siguiente dirección: <https://portalsat.plataforma.sat.gob.mx/certifica/> .

**3)** Averigua aquí (Microsoft Windows) si tu computadora es de 32 bits o de 64 bits para que sepas qué versión de certifica.jar descargar. Si tienes Mac descarga la versión de 64 bits.

**Selecciona la denominación de tu SAS.-** Una vez seleccionada la denominación, se mostrará la Clave Única de Documento (CUD) y su vigencia.

Con fecha del 24 de febrero de 2018 en un comunicado de la SE que se titula “Solicita el nombre de tu empresa” indica: Este es el primer trámite para constituir tu empresa. La puedes obtener de manera gratuita, vía electrónica y en menos de 72 horas.

*El plazo anterior para obtener el nombre de la empresa (denominación) contradice lo establecido de registrar la empresa en 24 horas.*

**Cuenta Bancaria para las SAS:** La *institución financiera Santander* facilita a los emprendedores del país la apertura de una cuenta bancaria en línea a quienes deseen constituirse bajo el régimen de SAS. [...] se puede compartir bajo un esquema seguro, información del proceso de constitución de una SAS a efecto de que dicha información facilite su proceso de apertura de cuenta.(IDC, 2018)

*Se considera fuera de lugar que la SE, se decante por una institución bancaria, además de considerar que se comparta información de la SAS bajo esquema seguro, al ser del dominio público el uso o cesión de ciertas organización del banco de datos de los cuentahabientes.*

### **Beneficios:**

**Rapidez:** Es un trámite totalmente en línea, sin la necesidad de acudir a ninguna oficina y desde cualquier dispositivo electrónico.

*Ya se especificó que para obtener parte de la información que la SE requiere, se tiene que acudir personalmente para efectuar los trámites.*

**Gratuidad:** No genera gastos en la constitución de la sociedad.

*Se considera que si bien el trámite en si no tiene costo, si hay desembolso para adquirir el equipo y software requeridos para registrarse, considerando que no todos tengan el conocimiento de los términos utilizados, se requerirá la asesoría de un profesional.*

**Beneficios fiscales: Sociedades por Acciones Simplificadas inscritas a partir del 4 de mayo de 2017,** utilizar, a partir de tu inscripción, el esquema de tributación conforme a flujo de efectivo, te libera de presentar la Declaración de Información de Operaciones con Terceros y puedes utilizar la herramienta Mi contabilidad, la cual facilita el cálculo y presentación de tu declaración de impuestos.

**Sociedades por Acciones Simplificadas inscritas antes del 4 de mayo de 2017.** Se considera que optaste por utilizar el esquema de tributación conforme a flujo de efectivo desde el 1 de enero de 2017, te libera de presentar la Declaración de Información de Operaciones con Terceros y puedes utilizar la herra-

mienta Mi contabilidad.

*Es el mismo texto sobre el esquema de tributación si se registró antes o después del 4 de mayo de 2017.*

## 7 Conclusiones

La revisión de literatura es basta, sin embargo, para este documento solo se consideró una pequeña parte sobre la historia y las opiniones de expertos, respecto de la finalidad de la regulación de la SE para la constitución de una SAS; el objetivo implícito sobre la informalidad y, la propuesta de simplificación. El documento base fue la Guía del Usuario y Publicaciones de Sociedades Mercantiles. Registro Público de Comercio, la SE.

Se concluye que;

La reglamentación en las 5 etapas o pasos a seguir para lograr constituirse, es extenso y complejo principalmente en el punto 5 de la Guía que aquí se analiza y cuestiona en cada uno de sus apartados.

Que los dos documentos de la SE, se contradicen en algunos puntos, lo que se muestra en letra cursiva en el apartado de resultados.

Que se requiere de asesoría profesional para los aspectos: mercantil (denominación social), fiscal (persona moral) jurídico (responsabilidad del representante)

La principal crítica de los expertos ha sido la inseguridad jurídica que supone la creación de la sociedad sin la intervención de un notario público.

También en los resultados se resalta la indicación de la autoridad sobre la utilización de determinado banco, lo cual extralimita sus funciones, considerando que violenta el principio de soberanía,

Como se muestra en los resultados, es claro que antes de registrar la SAS en el portal de la SE, se invierten mucho más de 24 horas para tener el equipo y sus especificaciones, y para obtener la firma electrónica.

También se concluye que las modificaciones constantes incrementan la complejidad y generan incertidumbre en los interesados en registrarse (primero; que se registren como persona moral, después, que pueden presentar sus declaraciones conforme flujo de efectivo) generando con ello discrecionalidad violentando su disposición.

Considerando que se logran los objetivos al quedar demostrado que la simplificación no se da y, menos aún en el plazo de 24 horas.

## Bibliografía

Arana, D. (2018) Pymes mexicanas, un panorama para 2018. Forbes México. International Finance Corporation. Enero 31, 2018@7:30 am. Portada/ Red Forbes <https://www.forbes.com.mx/pymes-mexicanas-un-panorama-para-2018/> descargado 1º Octubre 2018 9:23 am

Arcudía, C. (2016) La sociedad por acciones simplificada: una aproximación a su régimen jurídico. Revista *Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración*. ISSN: 2007-9907. Vol.5, Núm. 10 Julio-Diciembre 2016 RICEA. Fecha recepción: Enero 2016 - Fecha aceptación: Julio 2016 <http://www.ricea.org.mx/index.php/ricea/article/view/62> Consultado 8 mayo 2018 11:06 am.

Betancourt, J.; Gómez, G.; López, M.; Pamplona, F.; Beltrán, C.(2013) Ventajas y desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio exploratorio. *Estudios Generales*

Volumen 29, Issue 127, April-June 2013 Pages 213-221. Universidad ICESI . <https://doi.org/10.1016/j.estger.2013.05.009> Copyright © 2012 Universidad ICESI. Published by Elsevier España S.L.

Chávez, A; Rivera, C.; Peña, M.; López, C.; Valadez, A. (2018) SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA, OPCIÓN PARA EMPRENDEDORES Y DISMINUCIÓN DE LA INFORMALIDAD. *Revista Global de Negocios* Vol. 6, No. 7, 2018, pp. 27-35 ISSN: 2328-4641 (print) ISSN: 2328-4668 (online) IBFR [www.theIBFR.com](http://www.theIBFR.com) 27. [https://www.theibfr.com/download/rgn/2018\\_rgn/rgn-v6n7-2018/RGN-V6N7-2018.pdf#page=29](https://www.theibfr.com/download/rgn/2018_rgn/rgn-v6n7-2018/RGN-V6N7-2018.pdf#page=29) Descargado 20 septiembre 2019 11h27 am.

DOF (2016) Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles 14 de marzo de 2016. Artículo 1º Fracción VII, Artículo 2º, 5º y 20º y Capítulo XIV.

Embid, J. (2015) SAS. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2015 núm.63 págs. 229-234. Trabajo recibido 17/10/2014 publicado 01/01/2015. Tomadas de la Tercera edición actualizada (primera reimpresión) Legis, Bogotá, 2014, XXX + 377 páginas Autor: FRANCISCO REYES VILLAMIZAR

Guevara, J. (2019) LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SAS “UNA SOCIEDAD DE ÉXITO” Universidad Católica de Colombia. Artículo Creative Commons Atribución.NoComercial w.5 Colombia (CC BY-NC 2.5) <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/col/> . file:///C:/Users/03366/Desktop/LOUIS%20ART.%20SAS/19%20SEPT%20%20SAS%20-%20UNA%20SOCIEDAD%20DE%20ÉXITO%20TESIS.pdf bajado 20 septiembre 2019 12:15 pm

IDC (2018) Firman convenio en pro de las SAS. IDC online [https://idconline.mx/corporativo/2018/05/22/firman-convenio-en-pro-de-las-sas?internal\\_source=PLAYLIST](https://idconline.mx/corporativo/2018/05/22/firman-convenio-en-pro-de-las-sas?internal_source=PLAYLIST). Descargado 19 septiembre 2019 11:44 AM

León, G. & Ríos, S. (2017) SAS (Sociedad por Acciones Simplificadas) como una alternativa para la Micro, Pequeña y Mediana empresa: el emprendedurismo. *Horizontes de la Contaduría en las Ciencias Sociales*. Año 4, Número 7, Julio-Diciembre 2017. Recibido 15 de enero 2017, fecha de aceptación 17 marzo 2017. (pp. 50-57) Xalapa. Veracruz [https://www.uv.mx/icp/files/2018/01/horizontes\\_07\\_art06.pdf](https://www.uv.mx/icp/files/2018/01/horizontes_07_art06.pdf) consultado julio 2018

León, S. (2016) La regulación imperativa de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en México, en contraste con la tendencia desregulatoria y con las SAS colombiana y francesa. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Bogotá, D.C. (Colombia) Núm.12 Año 2017 Enero Junio, pp. 215-244 ISSN 1794-600X. [www.unicolmayor.edu.co](http://www.unicolmayor.edu.co)

LISR (2017) Títulos I Disposiciones Generales y II De las Personas Morales

Maya, I. & Ramírez, E.(2018) Sociedades por acciones simplificadas: una estrategia para combatir la pobreza, el desempleo y la migración en la región mixteca. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración* ISSN 2007-9907 . Vol. 7, Núm,14 Julio-Diciembre 2018 DOI:10.23913/ricea.v7i14.116. file:///C:/Users/03366/Desktop/LOUIS%20ART.%20SAS/19%20sep%20SAS%20OAXACA%20ART%20ISSN%20.pdf . Descargado 20 septiembre 2019 12:53 pm

Nieto, N. & Isaza, E. (2010) Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, enero-junio, 2010, pp. 43-79 ISSN 0120-3886 Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia file:///C:/Users/03366/Desktop/LOUIS%20ART.%20SAS/19%20SEPT%20SAS%20UN%20ACERCAMIENTO%202010%20COLOMBIA.pdf. Descargado 20 de septiembre 2019 11:45 am.

Ordoñez, A. (2016) SAS y la autorización de su denominación social IDC online 22 de septiembre 2016.

<https://idconline.mx/juridico/2016/09/22/sociedades-unimembres-y-la-autorizacion-de-su-denominacion-social>, consultado el 16 de noviembre 2018

OEA (2017) The Organization of American States' Model Law on Simplified Corporations

OBLB categories. Commercial Law. Corporate Governance Research. Francisco Reyes Villamizar. *Superintendent of Companies in Colombia and Professor of Corporate Law at the University Javeriana*. In 2016 he was the Chairman of the United Nations Commission on International Trade Law ('UNCITRAL'). 11 sep 2017 OEA. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/09/organization-american-states-model-law-simplified-corporations> descarga 19 septiembre 2018 8:58 am

Pasantes, J. (2016) Qué contemplaría la LISR 2017. Entérate de los aspectos novedosos que en materia del Impuesto sobre la Renta operarían el siguiente año. IDOnline 21 octubre 2016 <https://idconline.mx/fiscal/2016/10/21/qu-contemplara-la-lisr-2017> consultado 16 de noviembre 2018

Rodríguez, J. (2017) La sociedad por acciones simplificada. Análisis del año y medio de vigencia de la SAS. *Economiahoy, mx* México publicado el 10 de noviembre de 2017 a las 13:30 [http://www.economiahoy.mx/economiahoy/opinion/noticias/8736906/11/17/La-sociedad-por-acciones-simplificada.html?gclid=EAIaIQobChMIh-fqvaXi2gIVB3ZeCh2T-g4iEAAYAiAAEgJZ1fD\\_BwE](http://www.economiahoy.mx/economiahoy/opinion/noticias/8736906/11/17/La-sociedad-por-acciones-simplificada.html?gclid=EAIaIQobChMIh-fqvaXi2gIVB3ZeCh2T-g4iEAAYAiAAEgJZ1fD_BwE) Consultado 30 abril 2018 10:27 am

Secretaría de Economía (2016) Reglas de Carácter General para el funcionamiento y operación del Sistema Electrónico de Sociedades por Acciones Simplificadas

Fecha de Entrada en Vigor: 15 de Septiembre de 2016, Edición: Matutina, Emisor: Secretaría de Economía. Id. vLex: VLEX-648989121, Link: <http://vlex.com/vid/reglas-caracter-general-funcionamiento-648989121> Consultado 16 noviembre 2017

Secretaría de Economía (2016) Sistema Electrónico de Constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) Guía de Usuario Versión 5.0 Consulta en la página de la SE septiembre 2018

Secretaría de Economía (2018) Publicaciones de Sociedades Mercantiles. Consulta Registro Público de Comercio (RPC) Sistema de Publicaciones de Sociedades Mercantiles (PSM) <https://www.gob.mx/tuempresa?tab=Opera> recuperado 22 mayo 2018 12:10 Principio del formulario

Mostrando 1-20 de 16671 pp12345678910pp

SE Prensa (2018) La Secretaría de Economía presentó las Acciones Concretas para reducir tiempos y costos para abrir y operar una empresa en México. Gobierno de México 21 Febrero 2018 Comunicado 019/18 Dirección General de Comunicación Social <https://www.gob.mx/se/es/prensa/la-secretaria-de-economia-presento-las-acciones-concretas-para-reducir-tiempos-y-costos-para-abrir-y-operar-una-empresa-en-mexico?idiom=es> Descargado 20 septiembre 2019 11h51 am

SHCP (2016) Quinta resolución de modificaciones a la resolución miscelánea fiscal para 2016 y sus anexos 1, 1-A, 15, 23 y 25 Bis, [...] Primero adición regla 2.2.10. Inscripción en el RFC y trámite de la e.firma para las Sociedades por Acciones Simplificadas. Decreto DOF 30 septiembre 2016 Primero, Segundo. SAT

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**La economía colaborativa en Colombia:** una nueva vía de informalidad en las relaciones laborales

**Collaborative economy in Colombia:** the new way of informality in labor relations

Giraldo Yanitza

# La economía colaborativa en Colombia: una nueva vía de informalidad en las relaciones laborales

## Collaborative economy in Colombia: the new way of informality in labor relations

Giraldo Yanitza\*\*

### Resumen

En este trabajo se analiza la economía colaborativa en Colombia, la transformación de la sociedad, la economía, la política gubernamental, y como causa de ello, el aumento de la informalidad en las relaciones laborales. Para responder a este planteamiento se analiza el concepto de la economía colaborativa, como modelo de negocio que permite colocar bienes y servicios de propietarios a través de plataformas digitales. El desarrollo en Colombia y los problemas que ha traído, por la falta de regulación que proteja a los prestadores de este servicio. Se utilizan las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que analizan la figura del trabajador independiente y cuándo se presenta una relación laboral. Se toma como referencia las estadísticas de organismos nacionales e internacionales que muestran el aumento de la informalidad y el desempleo en el país, por falta de una regulación que proteja a los trabajadores. Se concluye la necesidad de crear cambios normativos y sociales que den respuesta a las nuevas modalidades de trabajo, basadas en las plataformas digitales. La clasificación jurídica de estos trabajadores, su organización y la protección de los derechos laborales de quienes prestan los servicios. Estos problemas que se presentan como causa de la economía colaborativa y la falta de regulación, son un fenómeno mundial, en el caso de Colombia apenas se encuentra en proceso normativo. Por ello, se ha tomado como referencia doctrina extranjera, para comprender el desarrollo de la economía colaborativa, las generalidades, particularidades y la relación de este modelo con la informalidad laboral.

**Palabras clave:** Economía colaborativa. Tecnologías. Desempleo. Regulación, Informalidad.

### Abstract

In this paper is analyzed the collaborative economic in Colombia, the transformation of society, the economy, government policy, and as a result, the increase in informality in labor relations. To respond to this approach, the concept of the collaborative economy is analyzed, as a business model that allows the placement of goods and services of owners through digital platforms. The development in Colombia and the problems it has brought, due to the lack of regulation that protect the providers of the service. The

\* Recibido em 22/07/2019  
Aprovado em 13/10/2019

\*\* Doutora em Direito e Mestre em Direito Público da Universidade Carlos III de Madrid. Expert em Relações Internacionais. E-mail: yagire@gmail.com

sentences of the Colombian Constitutional Court that analyze the figure of the independent worker and when a labor relationship is presented are used. The statistics of national and international organizations that show the increase in informality and unemployment in the country are taken as a reference, due to a lack of regulation that protects workers. The need to create regulatory and social changes that respond to the new work modalities, based on digital platforms, is concluded. The legal classification of these workers, their organization and the protection of the labor rights of those who provide the services. These problems that are presented as a cause of the collaborative economy and the lack of regulation, are a worldwide phenomenon, in the case of Colombia it is barely in the regulatory process. For this reason, foreign doctrine has been taken as a reference, to the understand the development of the collaborative economy, the generalities, particularities and the relationship of this model with labor informality.

**Keywords:** Collaborative economy. Technologies. Unemployment. Regulation. Informality.

## 1 Introducción

La economía colaborativa ha generado un cambio, una revolución en la forma de intercambiar productos, no solo a nivel local sino global. Sin embargo, no es algo nuevo sino que siempre ha existido la necesidad de intercambiar bienes y servicios. En Colombia, las plataformas digitales han tenido un gran auge dentro del mercado laboral. La economía ha experimentado un crecimiento económico en los últimos años con aumento de la ocupación y disminución de la tasa de desempleo. Pero se ha vuelto el principal problema a resolver del mercado de trabajo, sumado al subempleo, la subcontratación y la desigualdad en los ingresos. El acceso al trabajo por medio de las plataformas digitales no tiene control del Estado, ni hay una regulación que proteja a los trabajadores que prestan servicios; lo que ha ocasionado el aumento de la informalidad y la precariedad. La forma de acceder al trabajo es producto de los cambios en la economía y las demandas que se presentan, con escasa o nula regulación. La inestabilidad laboral está presente en los sectores menos productivos y donde se concentra el mayor volumen de empleo: empleados domésticos, jornaleros, trabajadores del campo, jardineros, trabajadores de la construcción etc. Personas que tienen baja cualificación con escasa posibilidad de pasar a un empleo formal. Cuando estas personas pierden el trabajo ven en la economía colaborativa una alternativa para salir de la situación de desempleo y el único medio para subsistir.

El uso de las TIC ha llegado a todos los niveles de actividad de la población por el uso masivo de internet, incluso en las zonas rurales. Al no existir una relación laboral las empresas de economía colaborativa tienen un recurso humano de bajo costo, sin condiciones laborales y operando en un entorno que no tiene una reglamentación que proteja a los trabajadores de la explotación laboral. A cambio de ello, el Estado colombiano aprueba y reconoce la creación de este tipo de empresas, como algo positivo y que puede ayudar a dinamizar el mercado laboral, generando empleos y ayudando al crecimiento del país. Que puede ayudar al desarrollo de la tecnología y la empleabilidad, siempre y cuando, exista un marco regulatorio que se adecue a las nuevas formas de trabajo. Lo que permitiría el funcionamiento de los nuevos modelos de negocio y el desarrollo de la empresa tradicional. De lo contrario, supone una amenaza para la continuidad de las empresas tradicionales, que no tienen cómo competir en las mismas condiciones; generando una competencia desleal, destrucción de empleos, y por último el cierre de empresas.

Entonces, la economía colaborativa supone un desafío para la aplicación de la normativa existente, porque no da respuesta a la realidad laboral del país, ni contempla medidas para entender este fenómeno. Con la normativa actual, no es tan fácil identificar cuándo estamos ante un trabajador independiente o autónomo o un empleado por cuenta ajena. El problema es que se abusa de las figuras laborales que existen y no protege a los trabajadores que prestan servicios a: Uber, Tripda, Micarga.com, Cavify, Easy Tapssy, Lyft, de transporte privado, Rappi, Hellofood, UberEats, Ifood y las más de 60 empresas denominadas de economía colaborativa. Esto ha provocado la indecisión de las normas aplicables en cada caso, la ambigüedad sobre las obligaciones de los participantes

en el mercado; ocasionando graves violaciones a los derechos de los trabajadores y la total desprotección.

## 2 La economía colaborativa en Colombia

La economía colaborativa son los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios, que iniciaron a principios del Siglo XXI como resultado de los avances tecnológicos de la información para intercambiar y compartir bienes y servicios, permitiendo la reducción de costos de transacción, como también, su realización a gran escala.

Entonces, ese intercambio de bienes y servicios debe ser entre iguales, que utilizan bienes que no estén siendo usados. La transacción se realiza por medio de internet, haciendo uso de las nuevas tecnologías, que puede ser de forma temporal o convertirse en permanente, de carácter gratuito, que conlleva a un nuevo modelo de relación comercial siempre entre iguales<sup>1</sup>. Al igual que en el resto del mundo, en Colombia esta economía se crea sobre redes de individuos y comunidades que se conectan por medio de las redes sociales, cambiando el sistema tradicional de producir, consumir, obtener financiamiento, alquilar y vender; es un cambio total de qué consumimos y cómo lo hacemos.

Este intercambio y consumo va en aumento, empresas como Rappi, Uber, Cabify, Airbnb, tienen su base en los principios de esta economía. No obstante, la realidad es que no es una relación entre iguales, porque se da entre una empresa que pone a disposición de los clientes bienes y servicios, prestados por personas que no tienen ninguna relación laboral con la misma. Se aprovechan de la falta de regulación y control en el país para obtener mayores recursos con bajos costos. Las plataformas que tienen una actividad concreta, ejercen un control mayor sobre sus trabajadores, como lo haría una empresa tradicional. El control por medio de la calificación del servicio sin duda evidencia una relación laboral, aunque sigan calificando como autónomos a este nuevo tipo de trabajadores.

Esos modelos de negocios dan la posibilidad de poner a disposición bienes y servicios de propietarios a través de plataformas digitales, cubriendo las necesidades de diferentes colectivos y, presentes en distintos sectores de la economía. Esta relación entre propietarios y consumidores genera un beneficio para las partes implicadas. Por eso, es importante tener claro en qué mercado participan los actores de las plataformas digitales. Si los ciudadanos prestan un servicio ocasional, si la función de la plataforma es la de un intermediario entre productores y consumidores, para establecer qué aplicación normativa debe darse a esa relación entre la plataforma digital y los prestadores de servicios<sup>2</sup>. En Colombia no existe una normativa que regule estas nuevas formas de trabajo y que defina cuáles son las obligaciones de las empresas digitales y los trabajadores que prestan el servicio. En la actualidad, estos últimos son los que asumen todos los riesgos derivados del servicio prestado.

La prestación de servicios por medio de plataformas digitales genera dudas respecto a cómo será la protección de los puestos de trabajo, la calidad del empleo y lo que se considera un buen trabajo en el futuro. Esta transformación de lo que se conoce como el empleo tradicional, va más rápido que la adaptación de marcos regulatorios de los Estados que puedan dar respuesta a la evolución del Derecho<sup>3</sup>.

Según Rico “Las relaciones sociales entre las personas dejan de ser relaciones abiertas y directas, justamente porque el trabajo se convierte en mediador social por el que las personas entran en contacto para adquirir los productos de los otros”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> VICENTE, Almudena; PARRA, María Concepción; FLORES, María Pilar. ¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social? *Sphera Publica*, v. 1, n. 17, p. 71. 2017.

<sup>2</sup> COLOMBIA. Vicepresidencia de Regulación. *Una visión estratégica de la economía digital para Colombia*. Disponible en: <http://tigo-une.com/documentos/economia-digital/economiadigital.pdf>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel. La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social, *Temas laborales*, n. 138, 2017.

<sup>4</sup> RICO PALACIO, David Esteban. Individuo, trabajo y neoliberalismo, *Revista Filosofía UIS*, v. 18, n. 1, 2019.

La Unión Europea redactó un dictamen que tiene como objetivo regular el consumo colaborativo o compartido:

[...] el consumo compartido representa la complementación ventajosa, desde el punto de vista innovador, económico y ecológico, de la economía de la producción con la economía del consumo. Además, supone una solución a la crisis económica y financiera en la medida que posibilita el intercambio en caso de necesidad<sup>5</sup>.

Hay varios factores que desarrollan la economía colaborativa: económicos, tecnológicos y socioculturales. En situaciones de crisis los ciudadanos buscan medios alternativos para obtener ingresos económicos, utilizando los recursos que tienen disponibles como: vivienda, el tiempo libre, bienes que ya no utilizan. Según las estadísticas, en Colombia en julio de 2019, la tasa de desempleo de 13 ciudades y áreas metropolitanas fue 10.3%<sup>6</sup> así que el trabajo por medio de las plataformas digitales ha supuesto una oportunidad para tener un empleo, y es el único medio de subsistencia de estos trabajadores.

Ahora bien, la economía colaborativa se ha desarrollado en distintos países donde han superado las crisis, lo cual evidencia que hay otros factores que promueven su aumento, siendo algo más *estructural* y *no coyuntural*. Por consiguiente, se puede destacar el incremento de las ganancias de eficiencia al reducir los costes que tienen las transacciones de capital, recursos humanos, maquinaria, u otros gastos que puede generar una empresa tradicional; respondiendo solo a la oferta y la demanda, teniendo en cuenta la calidad del servicio por el uso de las herramientas de calificación y el aumento de la conectividad. Todo estos factores inciden para la utilización de recursos que antes eran infrautilizados y que ahora se pueden poner a disposición global<sup>7</sup>.

La economía colaborativa hace especial énfasis en la reputación online, analizando la valoración de las empresas y negocios, midiendo el impacto que tienen y estableciendo estrategias y protocolos para prestar un servicio mejor. En la economía tradicional no se tenía un conocimiento previo de la calidad del servicio o producto prestado, algo que cambia con la forma de prestar bienes y servicios en la economía colaborativa. Por consiguiente, el poder que tienen los consumidores es determinante para posesionar un producto<sup>8</sup>.

En Colombia, el aumento de la conectividad y la falta de regulación de la economía colaborativa, ha servido para que muchas empresas utilicen este modelo, que diversifica la forma de vender, cambiar objetos, alquilar una vivienda, reutilizar lo que ya no se utiliza; haciendo uso de las nuevas tecnologías que llegan a diferentes colectivos que puedan estar interesados en algún tipo de servicio. El fundamento de este nuevo modelo es la evolución y la manera en que accedemos a los bienes o productos, donde la competición se transforma en colaboración<sup>9</sup>.

En un sentido más amplio, esta economía puede entenderse como un *eco-sistema socioeconómico*, que se construye por la conjunción de compartir diferentes elementos como: recursos humanos, que pueden ser físicos o intelectuales, la creación de nuevos productos, la producción y distribución, el comercio y consumo compartido de bienes y servicios por medio de las plataformas digitales. En esta definición se tienen en cuenta la cooperación y participación, más que al ámbito solo comercial; en este caso, no es necesario el dinero para crear redes de intercambio<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> BUENADICHA, Cesar; CAÑIGERAL BARÓ, Albert; DE LEÓN, Ignacio. *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, junio 2017.

<sup>6</sup> Disponible en DANE: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>. Acceso en: 09 sept. 2019.

<sup>7</sup> SOBRINO RUIZ, María; HINOJO, Pedro. El desarrollo de la economía colaborativa y los modos digitales de prestación de servicios. *En*: OTAMENDI GARCÍA-JALÓN, Juan José. *Boletín Económico de Información Comercial Española (ICE)*. Número 3086: Acuerdo de Facilitación del Comercio. Desarrollo de la economía colaborativa. Ministerio de Economía y Empresa, 2017.

<sup>8</sup> MAGALLÓN ROSA, Raúl. El ADN de la Generación Z. Entre la economía colaborativa y la economía disruptiva. *Documentos* 2, p. 35. Disponible en: [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25077/magallon\\_adn\\_RDEDJ\\_2016.pdf?sequence=1](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25077/magallon_adn_RDEDJ_2016.pdf?sequence=1). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>9</sup> SASTRE-CENTENO, José Manuel; INGLADA-GALIANA, Elena. La economía colaborativa: un nuevo modelo económico. *CIRIEC: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, n. 94. 2018.

<sup>10</sup> DIAZ-FONCEA, Millán; MARCUELLO SERVÓS, Carmen; MONREAL GARRIDO, Manuel. *Economía social y economía*

En el caso colombiano, donde la recesión económica y el aumento de la informalidad ha sido mayor, ha generado un cambio en la mentalidad de la población, ocasionando una mayor extensión de este fenómeno como alternativa a su situación. Que permite el acceso a una serie de beneficios, bienes y servicios, sin tener que asumir los costos tradicionales que genera el ser propietario. Por tanto, es un nuevo modelo que transforma lo que consumimos y cómo lo consumimos<sup>11</sup>. El problema radica en que se denomina economía colaborativa a todos estos procesos y actividades de intercambio, que hacen perder las diferencias que existen entre sí.

Estas empresas en Colombia no tienen empleados, ni asumen ninguna obligación laboral, pero facturan como cualquier empresa tradicional. Como la regulación actual no es efectiva, por ejemplo en el sector del transporte pueden fijar las reglas del mercado, ofrecer precios bajos y competitivos, además “estarían en capacidad de implementar estrategias de dumping con el ánimo de dominar el mercado a través de la fijación de una tarifa extremadamente bajas apalancando sus pérdidas con ingresos derivados de actividades similares realizadas en otros países”<sup>12</sup>. Con esto consiguen la eliminación de la competencia y la imposición de los precios en el mercado.

Lo que en realidad surge es el llamado “capitalismo de base multitudinaria”<sup>13</sup> donde aparece una nueva forma de organizar la actividad económica que transforme el modelo anterior, basado en corporaciones, que no comparten los beneficios, ni los usuarios con quienes prestan el servicio y son los que generan valor dentro de las misma. Por tanto, para que la economía colaborativa responda a su objetivo base, lo que se propone es que el intercambio de bienes y servicios debe pasar a ser propiedad de quienes prestan los recursos para hacerlas funcionar. Esto puede ser con su trabajo, con bienes o como consumidores, rigiéndose por un sistema democrático, en donde haya un repartición de beneficios entre “copropietarios productores-consumidores”<sup>14</sup>.

De manera que se estaría utilizando la palabra colaborativa como una estrategia de mercado que permite obtener unos beneficios económicos, sin tener que pagar como si fuera una empresa; en todo caso estaríamos frente a una transacción de alquiler o de venta. La crítica central a este concepto de economía es que se crean formas de trabajo sin derechos, *una nueva forma de explotación laboral y de concentración de riqueza*.<sup>15</sup> En realidad estamos ante trabajadores que tienen que asumir los riesgos en la prestación del servicio y que se les priva de todos los derechos laborales.

### 3 Desarrollo normativo de la economía colaborativa en Colombia

Como se ha mencionado, el desarrollo ha sido escaso y la normativa que existe actualmente, no da respuesta a las necesidades de los trabajadores que prestan sus servicios por medio de las plataformas digitales. El acceso a estas en Colombia es abierto y puede ser usada por cualquier persona de conformidad con la Ley de TIC 1341 de 2009. En el art. 15 establece lo siguiente: “Promover, en coordinación con las autoridades competentes, la regulación del trabajo virtual remunerado, como alternativa de empleo para las empresas y oportunidad de generación de ingresos de los ciudadanos de todos los estratos sociales”. Sin embargo, hasta

*colaborativa: encaje y potencialidades*, p. 28. Disponible en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/402/D%C3%8DAZ%20FONCEA,%20MARCUELLO%20Y%20MONREAL.pdf>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>11</sup> BUENADICHA, Cesar; CAÑIGERAL BARÓ, Albert; DE LEÓN, Ignacio. *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, junio 2017.

<sup>12</sup> RODRIGUEZ GARCIA, María Juliana; LOZANO MATURANA, Ginette Sofía et al. Regulación y Competencia en Economías Colaborativas. *Superintendencia de Industria y Comercio*, n. 19, abr. 2018.

<sup>13</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social. *CIRIEC - Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, 88, 2016.

<sup>14</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social. *CIRIEC - Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, 88, 2016

<sup>15</sup> GIL, Javier. ¿Qué son las economías colaborativas? *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio social*, n. 141, 2018.

la fecha no existe una ley que proteja las personas que prestan servicios a través de las plataformas digitales, lo que hay es un Proyecto de Ley para regular el Trabajo Digital en Colombia, presentado en el año 2018.

En el momento es posible que las personas presten servicios bajo esta modalidad sin estar afiliadas al Régimen General de la Seguridad Social, ni tampoco, existe la obligación de las empresas de verificar el registro, la inscripción y cotización. En las relaciones de economía colaborativa no existe continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle a este el cumplimiento de órdenes establecidos en el art. 23 del Código Sustantivo de Trabajo.

Esta relación es bajo demanda en contraposición con el concepto tradicional de trabajador fijo comprometido con una empresa. Las características que presenta son: menor dependencia, economías de escala, negocio global, son más que una base de datos, se realiza el trabajo de forma virtual, sin espacio físico. Ahora bien, todas las plataformas exigen un alto nivel de cumplimiento de los prestadores de servicio.

Como señala Todolí, las plataformas que tienen una actividad concreta ejercen un control mucho mayor sobre sus trabajadores, como lo haría una empresa tradicional. Estos quieren mantener su marca en un buen nivel y para ello deben asegurarse que sus colaboradores cumplan con ello<sup>16</sup>.

El control por medio de la calificación del servicio, lo hacen las empresas que utilizan plataformas digitales, aunque se siguen calificando como independientes a este nuevo tipo de trabajadores. El problema radica en que no está claro cuando se dictan instrucciones para controlar el servicio y cuando no; aunque sigue habiendo una relación desigual porque la empresa digital es la que determina qué instrucciones dar<sup>17</sup>.

En la legislación colombiana se puede encontrar también definiciones de estos tipos de trabajadores independientes, según el Decreto reglamentario 1406 de 1999, art. 16c, los clasifica y define: *Se clasifica como trabajador independiente a aquel que no se encuentre vinculado laboralmente a un empleador, mediante contrato de trabajo o a través de una relación legal y reglamentaria.*

Esta economía informal responde a una estructura incipiente de la organización productiva, en la cual los trabajadores no gozan de las prestaciones sociales, ni estabilidad y garantías en el empleo, tienen ingresos bajos e irregulares. La mayoría de las personas de este sector laboral no tienen estudios y pocas posibilidades de cambiar a un empleo formal<sup>18</sup>.

En la economía colaborativa el problema no va a ser el aumento de personas desempleadas, sino que los trabajadores no tienen como generar unos recursos adecuados que les permita subsistir. Para poder llegar a un nivel de ingresos aceptable, tendrán que trabajar más horas de las establecidas en la jornada laboral, asumiendo los riesgos que esto supone a la salud, seguridad y a su situación familiar. Por tanto, las plataformas pueden limitar el derecho al trabajo de múltiples formas con las condiciones que imponen a los prestadores de servicios que las utilizan. Como por ejemplo, aceptar de forma obligatoria tareas para evitar que puedan prescindir de los servicios, la obligación de permanecer, asumiendo todo tipo de actos contrarios al derecho por temor a no conseguir otra fuente de ingresos<sup>19</sup>.

En este sentido la sentencia C-154/97 señala las características del trabajo por medio de un contrato de

<sup>16</sup> TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajador en la Uber economy: ni dependiente, ni autónomo, sino todo lo contrario*. Disponible en: <http://cisslaboral.ciss.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTAwNzQ7Wy1KLizPw8WyMDQzNDI0MzkEBmWqVlfnJIZUGqbVpiTnGqWm5iSUlqka1PYIJ-UWIOIoudWmnr6xjiGuTpCADo5C3IVgAAAA==WKE>. Acceso em: 21 jul. 2019.

<sup>17</sup> TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajador en la Uber economy: ni dependiente, ni autónomo, sino todo lo contrario*. Disponible en: <http://cisslaboral.ciss.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTAwNzQ7Wy1KLizPw8WyMDQzNDI0MzkEBmWqVlfnJIZUGqbVpiTnGqWm5iSUlqka1PYIJ-UWIOIoudWmnr6xjiGuTpCADo5C3IVgAAA==WKE>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>18</sup> CASTRO GÜIZA, Omar Ernesto. *Informalidad y trabajo decente en Colombia, análisis desde la perspectiva de género. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 2, n. 3. 2014.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social, Temas laborales*, n. 138, 2017.

prestación de servicios, con fundamento en el art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo analizando: la prestación de servicios recae sobre una obligación de cumplir unos servicios en función de la experiencia, capacidad y la formación de una persona en una materia concreta; la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. El contratista tiene autonomía para decidir el tiempo y forma para la realización de la función encargada. Por ende, el contrato será temporal, pero suficiente para cumplir con el servicio pactado<sup>20</sup>.

Para la Corte Constitucional colombiana, el trabajador independiente se encuentra dentro del ámbito laboral. En la sentencia C- 645/2011, clasifica los tipos de trabajadores en seis grupos: asalariados; empleadores; trabajadores por cuenta propia; miembros de cooperativas de productores; trabajadores familiares auxiliares, y trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo. Esta clasificación se basa en unos criterios que diferencian dos grupos de trabajadores: los asalariados y los independientes<sup>21</sup>.

El artículo 25 de la Constitución Política, protege el derecho al trabajo al ser una obligación social, pero su protección no solo es por una actividad laboral subordinada, sino en todas sus modalidades. En el caso de los trabajadores independientes que prestan servicios a través de plataformas, están protegidos constitucionalmente porque se protege cualquier modalidad de trabajo.

En esta línea, la sentencia C-397/2006 señala que el ordenamiento constitucional colombiano contempla el trabajo en general, ya sea subordinado o dependiente como el independiente, por ser uno de los valores y propósitos del Estado; fundamental para proteger la dignidad humana<sup>22</sup>.

En consecuencia, es obligación del legislador proporcionar las garantías para la protección de los trabajadores, que otorguen igualdad de oportunidades de acceso al empleo, estabilidad y el respeto por las normas laborales. Por tanto, sistemas de control y vigilancia, que mantengan un seguimiento de lo que está sucediendo con las relaciones laborales, y el cumplimiento en la protección de los trabajadores, sin importar la modalidad de contratación. Así pues, debe existir protección del estado a todos los trabajadores. Al haber mayores oportunidades laborales y mejores ingresos, empoderan al trabajador, evitando condiciones de trabajo contrarias con su dignidad y derechos humanos<sup>23</sup>.

No hay que olvidar que esta modalidad de trabajo es una de las principales fuentes de ingresos de muchas familias, y quizás por sus condiciones personales la única que puedan tener para acceder al mercado laboral. Toda vez que el derecho al trabajo es un derecho humano fundamental, que permite que las familias puedan vivir de forma digna y justa<sup>24</sup>. El problema del mercado de trabajo colombiano es que la informalidad se ha convertido en una alternativa para al desempleo<sup>25</sup>.

Cada día la economía colaborativa aumenta en Colombia y afecta el sistema económico, porque no cumple con las obligaciones legales establecidas por el Estado y puesto que no existen normas que protejan esta modalidad de contratación. Esto sumado a que no hay un control del Estado que permita determinar la realidad del país en cuanto a contratación, afiliación al sistema general de la Seguridad Social, ni meca-

<sup>20</sup> COLOMBIA. Sentencia de La Corte Constitucional Colombiana. C-154/1997, 19 de marzo de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>21</sup> COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. C-645/2011, 31 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-645-11.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>22</sup> COLOMBIA. Sentencia de La Corte Constitucional Colombiana. C-397/2006, 24 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-397-06.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>23</sup> COLOMBIA. Procuraduría General de La Nación. *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>24</sup> COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T-135/2010, de febrero de 2010. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-135-10.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>25</sup> CASTRO GÜIZA, Omar Ernesto. Informalidad y trabajo decente en Colombia, análisis desde la perspectiva de género. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 2, n 3, p. 12. 2014.

nismo u organismo de supervisión que combatan las falsas contrataciones bajo la modalidad de empleado independiente; permitiendo el abuso de esta figura y el fraude permanente afectando el equilibrio de la competencia<sup>26</sup>.

## 4 Economía colaborativa e informalidad

La economía colaborativa sin duda ha aumentado la informalidad en Colombia porque no se ha creado un marco regulatorio, que promueva la innovación y el mercado digital. Pero también, facilite y reduzca los costos de transacción sin que esto vaya en detrimento de la competencia. Toda iniciativa comercial debe permitir la participación de los diferentes agentes del mercado y no dar prioridad solo a determinados operadores<sup>27</sup>. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la informalidad total en Colombia en 2018 era 60,6% y en el sector rural alcanza el 89,2%. El porcentaje de ocupados que cotizaba a pensión fue 48,9%<sup>28</sup>. Estos datos se empiezan a publicar en el 2007, en un informe especial de mercado laboral según el empleo informal. A partir de diciembre de 2009, se comenzó a usar la resolución de 1993 de la OIT que cambió el límite de escala de personal ocupado en las empresas, pasando de 10 a 5 trabajadores.

Ahora bien, solo hasta el 2012 se tuvo en cuenta las grandes capitales para ampliar la muestra de población y determinar la situación de los trabajadores formales o informales. Con esta ampliación de la muestra se logró cubrir el 100% de las ciudades capitales de todos los departamentos, pero no tiene una cobertura universal de la situación de los trabajadores<sup>29</sup>.

Hay pocos estudios que permitan analizar las condiciones de desprotección laboral en que desempeñan sus labores quienes prestan los servicios a través de las plataformas digitales y las consecuencias particulares y familiares que generan; para crear estrategias que permitan acciones de mejora, para el acceso a un empleo digno<sup>30</sup>. La situación general es el uso recurrente de modalidades atípicas de contratación laboral, diferentes al trabajo clásico, sin regulaciones que protegen a las personas de la explotación laboral o encubriendo las relaciones de trabajo por trabajo independiente<sup>31</sup>.

Sin duda el trabajo digital plantea preocupaciones porque no genera empleos de calidad, y es indiferente si este se presta por cuenta propia o ajena, prevalece un detrimento en los derechos laborales respecto de los que tienen un empleo con un contrato laboral<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> RASO DELGUE, J. La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, p. 30, 2017.

<sup>27</sup> RODRIGUEZ GARCIA, María Juliana; LOZANO MATORANA, Ginette Sofía (et al.). Regulación y Competencia en Economías Colaborativas. *Superintendencia de Industria y Comercio*, n. 19, p. 27, abr. 2018.

<sup>28</sup> OIT. *Colombia programa de acción 2018-2019*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms\\_639728.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_639728.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>29</sup> En el cuarto trimestre del 2012, la Gran Encuesta Integrada de Hogares se empezó a aplicar en las ocho ciudades capitales de los nuevos departamentos: Arauca, Yopal, Mocoa, Leticia, Inírida, San José del Guaviare, Mitú, Vichada; alcanzó cobertura en las 32 principales ciudades capitales de departamento, en las cabeceras y centros poblados y rural disperso de más de 443 municipios del país, llegando aproximadamente a 58.200 hogares cada trimestre (el país cuenta con 1101 municipios registrados en el DANE). Con lo cual, no se tiene una cobertura de la población total y, por tanto, no permite hacer un análisis real de la situación del empleo, desempleo y la calidad del mismo. Consultar información en: DANE. Diseño DSO. Dirección de Metodología y Producción Estadística DIMPE, abril 2016. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/ficha\\_metodologica\\_GEIH-01\\_V10.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/ficha_metodologica_GEIH-01_V10.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>30</sup> CASTRO GÚIZA, O.M., Informalidad y trabajo decente en Colombia: análisis desde la perspectiva de género. *Relaciones Laborales*, v. 2, n. 3, 2014.

<sup>31</sup> COLOMBIA. Procuraduría General de La Nación. *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas(1).pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. *Temas laborales*, n. 138, p. 146-147, 2017.

Las diferentes formas de negocio promovidas por las plataformas tecnológicas, no tienen un marco legal vigente que permita subsanar el vacío jurídico, pues las leyes colombianas están dirigidas a las formas tradicionales de negocio, que no dan respuesta a los avances tecnológicos; necesarias para promover el empleo, pero a la vez, proteger los derechos de quienes prestan los servicios<sup>33</sup>.

Al igual que en otros países, Uber ha tenido un gran éxito en el mercado colombiano y en poco tiempo se ha posesionado como la principal plataforma de transporte utilizada por los ciudadanos; presta sus servicios desde 2015, como Uberx, UberPOOL, UberBLACK. Lo que ha preocupado al sector del taxi y los ha llevado a denunciar a esta plataforma por competencia desleal.

En Colombia no hay una modernización del sector automotor, hay limitación en la prestación del servicio, y no amplía los cupos desde los años noventa, ocasionando un mercado paralelo y el cupo puede costar hasta cuatro veces el valor del vehículo. Con lo cual, como alternativa al transporte público, las personas cada día utilizan más los servicios de esta plataforma de transporte<sup>34</sup>.

Esta empresa funciona como Uber Colombia S.A.S; las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S) pueden ser creadas por personas naturales como jurídicas, a través de un contrato privado que debe ser inscrito en el registro mercantil. Ahora bien, los socios que hacen parte de la S.A.S solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. *Los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.* Al ser denominadas sociedades de capital, establecen las funciones y beneficios otorgadas a cada socio de acuerdo al tipo de acciones<sup>35</sup>.

Sobre las obligaciones laborales hay una excepción que establece el art. 42 de la Ley 1258 de 2008, cuando hay una *desestimación de la personalidad jurídica* porque se utilice la S.A.S *en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

La defensa de Uber frente a esto, es que funciona como una empresa tecnológica o prestadora de servicios de transporte, que no tienen ninguna relación con aquellos que ofrecen el servicio, sino que es una simple intermediaria. No obstante, Uber no funciona como una empresa que se limita a proveer una aplicación que permita el contacto entre oferta y demanda, sino que existe una relación contractual con los que prestan el servicio. Estos tienen que cumplir con unas condiciones de prestación del servicio y mejora de la calidad, se establece unos servicios mínimos y aquellos que no acepten todos los viajes existe la posibilidad de desactivarlos, es decir, expulsarlos de la plataforma<sup>36</sup>.

Las leyes de transporte establecen que, para operar en el mercado de transporte individual de pasajeros de taxi, todas las personas naturales o jurídicas deben cumplir con todos los requisitos para obtener la habilitación. En la actualidad, Uber ni sus vehículos y conductores cumplen con las exigencias legales para funcionar. Los servicios prestados por los socios y conductores adscritos a la plataforma no están autorizados. Su funcionamiento supone una competencia desleal respecto del gremio de taxistas, que sí deben cumplir con todos los requisitos establecidos por ley y pagar los altos cupos del mercado para funcionar<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> SARMIENTO SUÁREZ, Jaime Enrique; GARCÉS BAUTISTA, José Luis. De la Economía Tradicional a la Economía Digital Compartida. *INNOVA Research Journal*, n. 10, p. 14. 2017.

<sup>34</sup> PEREA S, Alexis Faruth. Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. Economía colaborativa: ¿evolución de mercado o competencia desleal? Una visión desde el análisis económico del derecho". *CON-TEXTO Revista de Derecho y Economía*, n. 48, p. 47. 2017.

<sup>35</sup> Ley 1258 de 2008.

<sup>36</sup> VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548607.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548607.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>37</sup> PEREA S, Alexis Faruth. Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. Economía colaborativa: ¿evolución de mercado o competencia desleal? Una visión desde el análisis económico del derecho. *CON-TEXTO Revista de Derecho y Economía*, n. 48, p. 51-53, 2017.

Ahora bien, el punto central es que lo importante no es el control que se ejerce, sino el control que a futuro se puede llegar a ejercer sobre quien presta el servicio, y de manera independiente del por qué se ejerce, lo que demuestra la subordinación indirecta<sup>38</sup>.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado sobre las S.A.S declarando que “*La limitación de responsabilidad de los socios no implica la desprotección de las acreencias laborales, pues están protegidas por otras disposiciones legales que salvaguardan los derechos de los empleados tales como la responsabilidad de los administradores, junta directiva y demás órganos de administración y el levantamiento del velo societario en caso de fraude*”<sup>39</sup>.

En Colombia se dictaron varios actos administrativos en los que se declaraba que la actividad que prestaba Uber, como plataforma de servicio de taxis era ilegal, multando a Uber Colombia por facilitar la prestación del servicio y por la publicidad realizada en los medios de comunicación<sup>40</sup>. El Estado colombiano es el único que tiene la potestad de regular el servicio de transporte público y privado, al ser considerado como una actividad peligrosa, que pretende asegurar a los ciudadanos en su vida y en su integridad, garantizando además otros derechos como el de libre locomoción bajo condiciones seguras y diversas de acuerdo con las necesidades de la población<sup>41</sup>.

Como señaló el Comité Económico y Social Europeo (CESE), es importante hacer distinción en el caso de Uber, porque ofrece servicios de vehículos particulares compartidos, como también, se puede solicitar servicios de desplazamiento con conductores profesionales más cercanos al servicio tradicional de taxi. De manera que su caracterización no es clara y responde a un modelo de negocio de empresa no transparente. Esto se ha discutido a nivel judicial sobre la relación laboral de los empleados con Uber.

Según este Comité, *la economía colaborativa debe regirse por el Derecho y la regulación normativa de los intereses de que se trate*. El CESE ha defendido que toda actividad económica debe ser regulada por el Derecho. Es necesario la protección de los trabajadores, haciendo distinción de aquellos trabajadores que no tienen una relación laboral efectiva con la plataforma, protegiéndolos de acuerdo con los principios aplicables a los trabajadores independientes, y aquellos que trabajan por cuenta ajena<sup>42</sup>.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado la diferencia entre quienes tienen un contrato de prestación de servicios, que no tienen subordinación, ni dependencia del trabajador respecto del empleador y no reciben un salario, frente a los que tienen un contrato de nómina o contrato realidad<sup>43</sup>. Exponiendo “*la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*”. Entonces, “*la posibilidad de reclamar ante los jueces la declaratoria del contrato realidad, oculto bajo la figura de un contrato de prestación de servicios*”<sup>44</sup>. Es preciso la regulación de los trabajadores que prestan sus servicios a través de las plataformas digitales, porque de lo contrario cada día aumentarían los llamados trabajadores pobres, así como, el fraude de ley que sin duda afecta su dignidad humana

<sup>38</sup> GIL OTERO, Lidia. El trabajo 4.0 y la delimitación entre trabajador asalariado y trabajador autónomo. Disponible en: [https://forelab.com/wp-content/uploads/el\\_trabajo\\_4-0\\_y\\_la\\_delimitacion\\_entre\\_trabajador\\_asalariado\\_y\\_trabajador\\_autonomo-lidia\\_gil\\_otero.pdf](https://forelab.com/wp-content/uploads/el_trabajo_4-0_y_la_delimitacion_entre_trabajador_asalariado_y_trabajador_autonomo-lidia_gil_otero.pdf) (Fecha de consulta: 21 de julio de 2019).

<sup>39</sup> COLOMBIA. Sentencia Corte Constitucional Colombiana. C-090/2014, 19 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-090-14.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>40</sup> Véase Resoluciones 18417 de 2015 y 72653 de 2016, de la Superintendencia de Puertos y Transportes encargada de vigilar el sector automovilístico en Colombia.

<sup>41</sup> COLOMBIA. Sentencia Corte Constitucional Colombiana. C-033/14, 29 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-033-14.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>42</sup> CESE. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación»*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE0933>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>43</sup> COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. C-614/09, 2 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>44</sup> COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana. T-031/2018, 12 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-031-18.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

## 5 Desigualdad social, promoción del trabajo digno y economía colaborativa

En Colombia el desempleo se ha reducido, pero no ha tenido un cambio en la estructura del empleo asalariado, porque el porcentaje de desempleo en las zonas rurales ha aumentado, en contraste con las ciudades donde los asalariados pueden ser mayor del 50%. La economía ha crecido en los últimos años con aumento de la ocupación, sin embargo, la economía informal aumentó y se ha vuelto el principal problema a resolver del mercado de trabajo; desconociendo todos los derechos laborales de los trabajadores<sup>45</sup>.

La precariedad va más allá de la posición ocupacional. Se corresponde solo con el empleo informal, sin tener en cuenta que puede encontrarse tanto en el empleo informal como en el formal. Va relacionado con distintivos niveles como la inseguridad laboral, los derechos sindicales y la incapacidad de los trabajadores para que se reconozcan sus derechos<sup>46</sup>.

Por otro lado, el empleo temporal sigue creciendo, para 2016 el 37, % de los ocupados se encontraba en esta situación, siendo de nuevo la zona rural la más afectada. Esto sin duda afecta las condiciones laborales y no permite el acceso a los sistemas básicos de protección laboral: salud, pensión y riesgos laborales. En el año 2016 del 66,7 de ocupados, solo el 33,3 cotizó a salud, pensión y riesgos<sup>47</sup>.

La OIT ha categorizado el trabajo humano en el mundo de dos formas: empleo formal, el trabajo típico en el cual existe una relación normal entre un empleador y un trabajador, donde éste realiza una labor para el primero y le son reconocidos todos los derechos que se derivan de esta relación. Otra sería, el trabajo atípico donde el empleador utiliza la fuerza de trabajo del empleado de forma temporal, con bajos salarios, o en condiciones de precariedad, o por medio de terceros que no proporcionan condiciones adecuadas<sup>48</sup>.

Hay una categoría de nuevas formas de empleo diferente a las formas de relación laboral establecida, que tiene en común que al no ser conocida se denomina *como relación estándar de empleo*. Como no estándar o atípicos son los contratos a tiempo parcial, diferentes contratos que están entre el contrato por cuenta ajena y cuenta propia, como los autónomos dependientes<sup>49</sup>. Esta última relación es la que ha predominado en Colombia y que cada día se acrecienta más con la entrada de las diferentes plataformas digitales, que ofrecen servicios con trabajadores independientes que asumen todos los riesgos derivados de la misma, pero que en realidad son falsos independientes.

Sobre esto se ha determinado que la laboralización generalizada sin tener en cuenta el tipo de trabajo en plataformas digitales, no parece ser la medida adecuada frente a los diferentes supuestos que existen. Como señala Rodríguez Piñero “*Si mantenemos la dicotomía constituyente del Derecho del Trabajo, muchas de estas personas quedarían en los espacios del autónomo, no en los del asalariado*”<sup>50</sup>. Es preciso la adaptación del Derecho del Trabajo a las nuevas tecnologías y situaciones laborales, para proteger a todas las personas que prestan unos servicios y que no se enmarcan en ninguna de las categorías de trabajadores.

<sup>45</sup> BANCO DE LA REPÚBLICA. La informalidad en el mercado laboral colombiano Disponible en: <https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/emisor/article/view/7907/8287>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>46</sup> FERREIRA SEQUEDA, María Teresa. Las nociones de trabajo informal y trabajo precario en el análisis de la calidad del empleo en Colombia. *Revista Le Bret*, n. 6, p. 36-38. 2014.

<sup>47</sup> TANGARIFE LÓPEZ, Carmen Lucía (coord.). X Informe de Trabajo Decente Colombia 2007-2016, Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2018. p. 27-31.

<sup>48</sup> CLAVIJO SÁNCHEZ, Eusebio. *Empleo atípico en Colombia*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms\\_561222.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_561222.pdf). Acceso: 21 jul. 2019.

<sup>49</sup> MALO, Miguel Ángel. Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales. *Papeles de economía española*, n. 156, p. 146, 2018.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. *Temas laborales*, n. 138, p. 146, 2017.

## 6 Trabajadores digitales que desarrollan una actividad independiente

Estos trabajadores digitales han sido reconocidos en otros países dentro de una tercera categoría de trabajador, que serán aquellos independientes que realizan la prestación de servicios para empresas e indistintamente de donde se encuentren localizadas de forma física; son un medio para contactar personas por medios electrónicos para venderles bienes, prestarles servicios o intercambiar bienes o servicios.

Cuando la plataforma determine las características del bien o del servicio y el precio, tendrá la obligación social con esos trabajadores independientes. Dentro de las obligaciones está: la de contratar un seguro para accidentes de trabajo según las normas de la seguridad social, y la obligación de la formación profesional a estos trabajadores<sup>51</sup>.

Las plataformas digitales presentes en Colombia: Uber, Tripda, Micarga.com, Cavify, Easy Tapssy, Lyft, de transporte privado, Rappi, Hellofood, UberEats, Ifood, de comidas, entre otras. Quienes prestan los servicios se tienen que dar de alta como trabajadores independientes, a pesar de que dependen completamente de las ofertas de trabajos proporcionadas por dichas plataformas. Esta forma de trabajo está cambiando el modelo de empleo tradicional y se ha convertido en la principal forma de sustento para las personas, que les es más difícil entrar al mercado de trabajo formal. Al no existir un marco legal, tampoco hay mecanismos de control que ayuden a evitar el fraude y abuso de estas empresas tecnológicas<sup>52</sup>.

## 7 La regulación de las plataformas digitales

Las plataformas aprovechan los vacíos jurídicos y la falta de protección del Estado colombiano, al existir un déficit en la formalización de las relaciones laborales que va en el ejercicio de los derechos. Para mejorar la situación de los trabajadores independientes, es necesario analizar cómo funciona el mercado de trabajo y la forma como se establece, sin desconocer los cambios generados por las nuevas tecnologías. En la actualidad no hay mecanismos que tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo, y las formas de crear empleo, así como una legislación de protección a los trabajadores que prestan sus servicios a través de las plataformas digitales; desconociendo todos sus derechos<sup>53</sup>.

Ahora bien, no se puede desconocer que esta modalidad de trabajo es una realidad que va en aumento. Por ello, es urgente regular el poder de estas empresas, analizar la oportunidad que pueden suponer estos mercados en la economía de intercambio, organizarlas para que ofrezcan un valor a todos sus participantes y partes interesadas; sin que determinados grupos exploten a otros a través de desequilibrios de poder. Para crear las condiciones de una economía de intercambio más justa, se necesita un proceso de regulación claro, transparente, que promueva la participación de diferentes actores interesados<sup>54</sup>.

Se han presentado dos proyectos de Ley que pretenden crear bases legales a la economía colaborativa. El primero radicado fue el proyecto de Ley 22 de 2016, y el segundo, el proyecto de Ley 110 de 2016. A la fecha ninguno de estos dos proyectos de ley se ha convertido en leyes y aún están en trámites legislativos.

<sup>51</sup> SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. *Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo*: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero). Disponible en: <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>. Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>52</sup> SARMIENTO SUÁREZ, Jaime Enrique; GARCÉS BAUTISTA, José Luis. *De la Economía Tradicional a la Economía Digital Compartida*. *INNOVA Research Journal*, n. 10, p. 15. 2017.

<sup>53</sup> COLOMBIA. Procuraduría General de La Nación. *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

<sup>54</sup> BALARAM, Brhmie. Report: Fair Share. Reclaiming power in the sharing economy. *RSA Action and Research Center*, enero 2016.

El proyecto de Ley 22 de 2016<sup>55</sup>, tiene el objetivo de incluir la economía colaborativa digital en el ordenamiento legal, que se realiza por medio de las nuevas tecnologías y plataformas digitales. A través de toda actividad económica donde se intercambian bienes y servicios por medio de plataformas digitales que ponen en contacto a cliente y proveedor; el servicio se presta a cambio de una remuneración de forma individual. Las relaciones laborales que produce esta economía colaborativa, se regirán por la normas y legislación en materia laboral vigente.

El proyecto de Ley 110 de 2016, propone la regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente. Todas las personas naturales que presten servicios de forma habitual, personal, directa y sin subordinación, “*en el ámbito de dirección y organización de una plataforma de economía colaborativa, una actividad económica o profesional a título lucrativo y que represente para el trabajador por lo menos 1 ingreso mensual de un (1) salario mínimo mensual vigente*”<sup>56</sup>. Esta actividad se prestará de forma independiente y sin que exista subordinación, puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial, exceptuando las profesiones liberales.

En el caso de la regulación del transporte público, la Ley 336 de 1996 dispone que el servicio público de transporte automotor individual de pasajeros, no puede ser prestado por vehículos de servicio particular. Establece que el servicio tiene carácter público, fundamental y bajo protección del Estado, otorgando preferencia a las empresas de transporte público, sobre el interés particular. En el caso de conceder licencias al servicio privado, deberá cumplir con la normativa determinada por el Ministerio de Transporte. Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio se prestará con el transporte público legalmente habilitado<sup>57</sup>. Esta normativa no se cumple porque muchos de los que prestan servicio de transporte por medio de plataformas digitales, no cuentan con la habilitación para operar.

La Ley 1753 de 2015, establece que el Gobierno nacional tiene la función de promover modelos para mejorar la movilidad en las ciudades, para contemplar alternativas que mejoren la calidad de vida de la población. Para esto es necesario utilizar recursos que sean eficientes y reduzcan los tiempos de desplazamiento, promoviendo transportes limpios y la utilización de tecnologías que mejoren la gestión del tráfico; regulando un servicio de lujo en la prestación del servicio público<sup>58</sup>.

En esta misma línea, el Decreto 1079 de 2015, hace mención a las plataformas tecnológicas que empleen las empresas de transporte debidamente habilitadas, que gestionen la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros; estos tienen la obligación de obtener la habilitación del Ministerio de Transporte. Es indispensable que demuestren el cumplimiento de las condiciones de servicio que establezca el Ministerio de Transporte, lo que incluye la calificación del conductor y el usuario, la identificación del vehículo que prestará el servicio e identificación del conductor.

El Decreto 2297 de 2015, establece que las empresas, personas naturales o jurídicas, que quieran hacer cambios en la habilitación del permiso expedido por la autoridad de transporte competente, para prestar un servicio de lujo deben cumplir con los siguientes requisitos: un capital pagado o patrimonio líquido, acreditar que cuentan ya sea de forma directa, o por medio de la celebración de contratos con terceros, con plataformas tecnológicas habilitadas por el Ministerio de Transporte. Esas plataformas deben garantizar el monitoreo, control de la tarifa, así como la disponibilidad y el cumplimiento de los servicios requeridos por los usuarios.

Como se puede observar, solo se han expedido decretos que tienen en cuenta la habilitación y requisitos a cumplir por las plataformas digitales que prestan servicios de transporte, pero no se contempla nada res-

<sup>55</sup> Disponible en:

<http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2016-2017/759-proyecto-de-ley-110-de-2016>. Acceso en: 18 mayo 2019.

<sup>56</sup> Artículo 3, proyecto de Ley 110 de 2016.

<sup>57</sup> Ley 336 de 1996. Estatuto general de transporte. Disponible en:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0336\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0336_1996.html). Acceso en: 14 mayo 2019.

<sup>58</sup> Artículo 32. Ley 1753 de 2015.

pecto a quienes prestan el servicio como conductores. Ni protege las personas frente a los posibles abusos que pueden tener como causa de la falta de un marco regulatorio. Estas normas buscan regular la actividad de Uber y las diferentes plataformas digitales prestadoras de servicios de transporte público, pero no se ha tenido en cuenta los servicios prestados por vehículos particulares que también trabajan por medio de estas plataformas digitales.

## 8 Conclusiones

El Derecho del trabajo tiene una función social y particular, pero no se puede desconocer que se ha transformado. Cada día aparecen nuevas modalidades de trabajo que no están contempladas en la normativa actual. Es necesario realizar cambios que respondan a las nuevas tecnologías y crear nuevas categorías jurídicas que den cuenta de la realidad y modalidad del trabajo actual.

Colombia es un Estado donde según las estadísticas se ha disminuido el índice de desempleo, pero a la vez, se han aumentado los índices de informalidad, temporalidad laboral y trabajadores pobres; el índice de desigualdad es uno de los más altos de Latinoamérica<sup>59</sup>. Frente a esta situación, el panorama no es nada alentador, porque no puede tener desarrollo una economía que vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores y que promueve la desigualdad. La informalidad del mercado del mercado laboral no contribuye al crecimiento de la economía.

Con la normativa vigente, el Derecho al trabajo se limita a proteger los derechos de trabajadores formales e informales, sin tener en cuenta las nuevas figuras de contratación, los nuevos trabajadores y las diferentes modalidades de empleo. Esto genera que por la competencia desleal y la ventaja que tienen las empresas de economía colaborativa, se destruyan empleos, se cierren empresas y no se cree nuevos puestos de trabajo.

Así que uno de los principales retos es la clasificación jurídica de los trabajadores que prestan sus servicios a través de las plataformas digitales. Como también, las organizaciones de estos trabajadores en sindicatos, para que puedan ser reconocidos como verdaderos trabajadores en la modalidad de autónomos.

En la actualidad, la Ley de TIC 1341 de 2009, promueve la regulación del trabajo virtual porque lo considera como una alternativa para la creación de empleos y reducción de la pobreza, sin tener en cuenta la protección de los derechos laborales de quienes prestan los servicios. No obstante, no ha establecido mecanismos de control y supervisión para luchar contra las falsas contrataciones o lo que ha denominado la Corte Constitucional como el *contrato realidad*.

Es necesario que se modernice la economía y se creen políticas de mejora de la calidad en el empleo. Hay un porcentaje muy alto de personas que ejercen actividades laborales en el sector de la economía informal, con baja cualificación, sin poder cambiar de sector de trabajo. Por ende, son más vulnerables y no pueden ejercer todos sus derechos laborales por la inestabilidad laboral. En la mayoría de los casos no tienen un contrato de trabajo y no existen para el sistema general de la Seguridad Social. A su vez, ni siquiera son parte de las políticas de Estado, ni del ordenamiento jurídico.

En la legislación actual, se contempla los trabajadores por cuenta propia para el trabajo subordinado o asalariado y el de los mal llamados trabajadores independientes. La creación de condiciones laborales dignas y que protejan los derechos de los trabajadores independientes no ha tenido mayores avances. Es urgente la creación de medidas y acciones en materia de seguridad laboral que protejan los trabajadores de las zonas rurales; quienes tienen mayores índices de informalidad.

Las empresas de la economía colaborativa sin duda abogan por sus intereses económicos, pero no por

<sup>59</sup> <http://www.oecd.org/education/school/OECD-Reviews-School-Resources-Summary-Colombia-Spanish.pdf> (fecha de consulta: 15 de mayo de 2019).

ello se puede desconocer que en muchos casos incumplen la normativa laboral y se aprovechan de los vacíos jurídicos o llamadas zonas grises. Es necesario la adopción de reglas de mercado y laborales, que promuevan la creación de empleos, la competencia entre las empresas, pero que no desconozca o desvirtúen el Derecho del Trabajo.

En definitiva, hay derechos que son irrenunciables como son: la protección de la salud, la prohibición de discriminación, el derecho a que se protejan los datos, el derecho a organizarse, a la defensa colectiva, que sin importar la figura jurídica que tenga el trabajador, deben prevalecer.

No importa la figura contractual, quienes prestan servicios a través de las plataformas digitales, deben tener protección jurídica que les permita ejercer todos sus derechos laborales; es preciso tener en cuenta sus condiciones particulares a la hora de prestar los servicios, pues no son las mismas que un trabajador común. Esto no se puede considerar como una moda o tendencia, sino un movimiento que está aquí para quedarse; va en aumento por causa de las tendencias sociales, las condiciones económicas y la disponibilidad de tecnología de gran alcance.

## Referencias

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social. *CIRI-EC - Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, 88, 2016.

BALARAM, Brhmie. Report: Fair Share. Reclaiming power in the sharing economy. *RSA Action and Research Center*, enero 2016.

BANCO DE LA REPÚBLICA. La informalidad en el mercado laboral colombiano Disponible en: <https://publicaciones.banrepultural.org/index.php/emisor/article/view/7907/8287>. Acceso en: 21 jul. 2019.

BOSTMAN Rachel. *The sharing economy lacks a shared definition*. Disponible en: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Acceso en: 21 jul. 2019

BUENADICHA, Cesar; CAÑIGERAL BARÓ, Albert; DE LEÓN, Ignacio. *Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, junio 2017.

CASTRO GÜIZA, Omar Ernesto. Informalidad y trabajo decente en Colombia, análisis desde la perspectiva de género. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 2, n. 3. 2014.

CESE. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación»*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE0933>. Acceso en: 21 jul. 2019.

CLAVIJO SÁNCHEZ, Eusebio. *Empleo atípico en Colombia*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms\\_561222.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_561222.pdf). Acceso: 21 jul. 2019.

COLOMBIA. Procuraduría General de La Nación. *Trabajo digno y decente en Colombia Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas(1).pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

COLOMBIA. Sentencia Corte Constitucional Colombiana. *C-090/2014, 19 de febrero de 2014*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-090-14.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

COLOMBIA. Sentencia Corte Constitucional Colombiana. *C-033/14, 29 de enero de 2014*. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-033-14.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.

- COLOMBIA. Sentencia de La Corte Constitucional Colombiana. C-154/1997, 19 de marzo de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Sentencia de La Corte Constitucional Colombiana. C-397/2006, 24 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-397-06.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. C-614/09, 2 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. C-645/2011, 31 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-645-11.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T-135/2010, de febrero de 2010. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-135-10.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Vicepresidencia de Regulación. *Una visión estratégica de la economía digital para Colombia*. Disponible en: <http://tigo-une.com/documentos/economia-digital/economiadigital.pdf>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- COLOMBIA. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana. T-031/2018, 12 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-031-18.htm>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- DANE. Diseño DSO. *Dirección de Metodología y Producción Estadística DIMPE, abril 2016*. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/ficha\\_metodologica\\_GEIH-01\\_V10.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/empleo/ficha_metodologica_GEIH-01_V10.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.
- DIAZ-FONCEA, Millán; MARCUELLO SERVÓS, Carmen; MONREAL GARRIDO, Manuel. *Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades*, p. 28. Disponible en: <https://www.mincotur.gov.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/402/D%C3%80DAZ%20FONCEA,%20MARCUELLO%20Y%20MONREAL.pdf>. Acceso en: 21 jul. 2019.
- FERREIRA SEQUEDA, María Teresa. Las nociones de trabajo informal y trabajo precario en el análisis de la calidad del empleo en Colombia. *Revista Lebrer*, n. 6, 2014.
- GIL OTERO, Lidia. *El trabajo 4.0 y la delimitación entre trabajador asalariado y trabajador autónomo*. Disponible en: [https://forelab.com/wp-content/uploads/el\\_trabajo\\_4-0\\_y\\_la\\_delimitacion\\_entre\\_trabajador\\_asalariado\\_y\\_trabajador\\_autonomo-lidia\\_gil\\_otero.pdf](https://forelab.com/wp-content/uploads/el_trabajo_4-0_y_la_delimitacion_entre_trabajador_asalariado_y_trabajador_autonomo-lidia_gil_otero.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.
- GIL, Javier. ¿Qué son las economías colaborativas? *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio social*, n. 141, 2018.
- MAGALLÓN ROSA, Raúl. El ADN de la Generación Z. Entre la economía colaborativa y la economía disruptiva. *Documentos 2*, p. 35. Disponible en: [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25077/magallon\\_adn\\_RDEDJ\\_2016.pdf?sequence=1](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25077/magallon_adn_RDEDJ_2016.pdf?sequence=1). Acceso en: 21 jul. 2019.
- MALO, M. A. Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales. *Papeles de economía española*, n. 156, 2018.
- OIT. *Colombia programa de acción 2018-2019*. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms\\_639728.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_639728.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.
- PEREA S, Alexis Faruth. Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. Economía colaborativa: ¿evolución de mercado o competencia desleal? Una visión desde el análisis económico del derecho. *CON-TEXTO Revista de Derecho y Economía*, n. 48, p. 47. 2017.
- RASO DELGUE, J. La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2017.
- RICO PALACIO, David Esteban. Individuo, trabajo y neoliberalismo, *Revista Filosofía UIS*, v. 18, n. 1, 2019.

RODRIGUEZ GARCIA, María Juliana; LOZANO MATURANA, Ginette Sofía et al. Regulación y Competencia en Economías Colaborativas. *Superintendencia de Industria y Comercio*, n. 19, abr. 2018.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social, *Temas laborales*, n. 138, 2017.

SARMIENTO SUÁREZ, Jaime Enrique; GARCÉS BAUTISTA, José Luis. De la Economía Tradicional a la Economía Digital Compartida, *INNOVA Research Journal*, n. 10. 2017.

SASTRE-CENTENO, José Manuel; INGLADA-GALIANA, Elena. La economía colaborativa: un nuevo modelo económico. *CIRIEC: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, España, n. 94. 2018.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. *Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo*: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero). Disponible en: <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>. Acceso en: 21 jul. 2019.

SOBRINO RUIZ, María; HINOJO, Pedro. El desarrollo de la economía colaborativa y los modos digitales de prestación de servicios. En: OTAMENDI GARCÍA-JALÓN, Juan José. *Boletín Económico de Información Comercial Española (ICE)*. Número 3086: Acuerdo de Facilitación del Comercio. Desarrollo de la economía colaborativa. Ministerio de Economía y Empresa, 2017.

TANGARIFE LÓPEZ, Carmen Lucía (coord.). X Informe de Trabajo Decente Colombia 2007-2016, Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2018.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. “El trabajador en la Uber economy: ni dependiente, ni autónomo, sino todo lo contrario”. Disponible en: <http://cisslaboral.ciss.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTAwNzQ7Wy1KLizPw8WyMDQzNDI0MzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWm5iSulqka1PYIJ-UWIOIOudWmnr6xjiGuTpCADo5C3lVgAAAA==W-KE>. Acceso en: 21 jul. 2019.

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548607.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548607.pdf). Acceso en: 21 jul. 2019.

VICENTE, Almudena; PARRA, María Concepción; FLORES, María Pilar. ¿Es la Economía Colaborativa una versión 2.0 de la Economía Social? *Sphera Publica*, v. 1, n. 17, 2017.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**In Defense of Pro-Carceral**

**Animal Law:** Understanding the Dichotomy Between Empirical Criminological Perturbation and Social Movement Values and Development

**Em defesa do Direito do Animal pró-cárcere:** entendendo a dicotomia entre a perturbação criminológica empírica e os valores e o desenvolvimento do movimento social

Mary Maerz

# In Defense of Pro-Carceral Animal Law: Understanding the Dichotomy Between Empirical Criminological Perturbation and Social Movement Values and Development\*

## Em defesa do Direito do Animal pró-cárcere: entendendo a dicotomia entre a perturbação criminológica empírica e os valores e o desenvolvimento do movimento social

Mary Maerz\*\*

### Abstract

With the increase in criminal legal actions available for violent conduct toward animals, the animal protection movement has seen increased success of prosecuting industrialized animal agriculture workers who are documented committing animal cruelty crimes via undercover investigations. With this, criticism has emerged that posits that the animal protection movement unjustifiably contributes to the mass incarceration epidemic in the United States and punishes undeserving actors. Empirical criminological research supports such criticism of a “pro-carceral” animal law. Demographics of industrialized animal agricultural facilities reflect socioeconomic and racial disparities. The alleged “link” between violence to animals and violence to humans does not rest on strong evidence. Furthermore, correlates demonstrated between slaughterhouse employment and extra-institutional community crime rates questions culpability of agricultural workers who commit animal cruelty. However, pro-carceral criticism fails to consider the core value of the animal rights movement as being apart from other anthropocentric social movements and said criticism asks the movement to put its fundamental moral and ethical imperatives aside. Furthermore, pro-carceral criticism fails to consider the role of such criminal prosecutions may play in social movement development theory.

**Keywords:** animal rights, animal protection, pro-carceral animal law, animal cruelty, animal crime, social movement development

### Resumo

Com o aumento nas ações legais criminais disponíveis para conduta violenta em direção aos animais, o movimento da proteção animal vê sucesso crescente de processar trabalhadores da agricultura animal industrializada que são documentados cometendo crimes de crueldade animal via investigações secretas. Com isso, surgiram críticas que postulam que o movimento de proteção aos animais contribui injustificadamente para a epidemia de encarceramento em massa nos Estados Unidos e pune atores não merecedo-

\* Recebido em 03/01/2020  
Aprovado em 03/01/2020

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade de Virginia.. E-mail: mem9tw@virginia.edu

res. A pesquisa criminológica empírica apóia essas críticas a uma lei animal “pró-carcerária”. A demografia das instalações agrícolas de animais industrializados reflete as disparidades socioeconômicas e raciais. O alegado “elo” entre violência aos animais e violência aos seres humanos não se baseia em fortes evidências. Além disso, os correlatos demonstrados entre o emprego no matadouro e as taxas extra-institucionais de criminalidade comunitária questionam a culpabilidade dos trabalhadores agrícolas que cometem crueldade com os animais. No entanto, a crítica pró-carcerária deixa de considerar o valor central do movimento pelos direitos dos animais como sendo separado de outros movimentos sociais antropocêntricos e disse que a crítica pede ao movimento que ponha de lado seus moral fundamental e imperativos éticos. Além disso, as críticas pró-carcerárias não consideram o papel desses processos criminais na teoria do desenvolvimento do movimento social.

**Palavras-chave:** direito dos animais, proteção dos animais, direito do animal pró-cárcere, crueldade com animais, crime animal, desenvolvimento do movimento social.

## 1 Introduction

A recent driving development in the animal protection movement is the utilization of undercover investigations by animal advocacy organizations in order to expose the conditions of treatment of animals within industrialized animal agricultural facilities, namely factory farms and slaughterhouses. Not only do these investigations document the general systemic suffering of these animals raised for food, but they often catch instances of egregious animal cruelty by employees of these facilities. This documentation has increasingly led to criminal prosecutions of workers where state law allows it. With the increase in such criminal actions, criticism of the animal protection movement has developed in this arena.<sup>1</sup>

This framing of “carceral animal law”<sup>2</sup> (hereinafter “pro-carceral” animal law) as a downfall of the animal protection movement submits valid criticisms of incarceration in the United States generally and furthermore likely exposes that criminal prosecutions within the industrialized animal agriculture settings cannot be justified by criminological or empirical bases. However, criticism of pro-carceral animal law ignores fundamental philosophies and foundations of the animal rights movement specifically, and devalues the importance of criminal prosecutions to the development of the animal protection social movement as it relates to industrialized animal agriculture.

In Part I, this paper will outline undercover investigations into factory farms by animal advocates. Included in this discussion is one goal of such investigations: to criminally prosecute workers documented conducting acts of animal cruelty. In Part II, this paper will examine the empirical research underpinning much of the pro-carceral criticism with an eye specifically toward criminal punishments stemming from undercover investigations. Particularly, it will analyze empirical research concerning mass incarceration, racial and socioeconomic inequities, and the so-called “link” between violence to animals and violence to humans. Part III turns to an analysis of the validity of the animal rights movement as a movement outside of anthropocentric social movements and Part IV demonstrates how it interacts with social movement development theories and models. Ultimately, I argue that this dichotomy between empirical criminological research and the values and social movement development of the animal rights movement do not reach the same conclusion as to the legitimacy of a pro-carceral animal law. Furthermore, the tactics and strategies of the animal rights movement cannot be subdued, as critics of pro-carceral animal law would suggest, without blatantly rejecting core nonspeciesist values of the animal rights movement.

<sup>1</sup> Justin Marceau, *Beyond Cages: Animal Law and Criminal Punishment*, generally (2019) (“The animal protection movement is living out an untenable paradox: motivated by a vision of progressive social reform, while relying on regressive social policy.”).

<sup>2</sup> *Id.* The use of “pro-carceral” animal law is used throughout this paper to refer to the critical argument against seeking criminal punishment for animal cruelty laws.

## 2 Undercover Investigations of Industrialized Animal Agriculture

Extensive animal welfare or animal rights advocacy has been directed toward the industrialized animal agriculture system of modern American food production.<sup>3</sup> These institutions—such as slaughterhouses and factory farms<sup>4</sup>—are fertile ground for animal abuse and cruelty. The animal abuse may be of the form that is protected by state statute, or, more generally, may be the maltreatment of animals based on moral assumptions against unnecessary suffering, pain, disease, or other harm. Due to the general secrecy of the inner day-to-day operations of industrialized animal agriculture facilities,<sup>5</sup> animal rights advocacy procures a substantial amount of information on the treatment of animals in these facilities via undercover investigations which document the treatment and conditions of animals as well as activities of facility employees.<sup>6</sup>

Undercover investigations may be “the only meaningful way” for American consumers to understand and learn how animals in the food system are raised, treated, and killed.<sup>7</sup> These investigations—which are generally initiated by members of animal protection organizations gaining employment into a factory farm or slaughterhouse facility—often reveal institutionalized as well as egregious cruelty to animals and “serve as an indispensable method of evidence-gathering for civil litigation and the prosecution of abuse.”<sup>8</sup> Perhaps one of the earliest undercover investigations of this type was conducted by People for the Ethical Treatment of Animals (PETA) in 1981, which exposed the apparent suffering of laboratory monkeys at a Maryland research facility.<sup>9</sup> Since the first wave of undercover investigations by animal activists in the 1980s, the targets of investigations have expanded to include roadside zoos, livestock auctions, animal training facilities, pet suppliers, livestock transport, and—most relevantly—slaughterhouse, and factory farms.<sup>10</sup>

Undercover investigators are typically attempting to document at least two different forms of animal abuse or cruelty.<sup>11</sup> On one hand, animal rights organizations seek to offer the public a glimpse into the systemic cruelty agricultural animals experience in day-to-day farming and production operations. Systemic cruelty is of particular importance to animal protection efforts due to the facts that the nature of factory farming affords some of the most acute suffering and suffering over extended periods of time.<sup>12</sup> However, investigators also routinely document cases of egregious cruelty, which consists of episodic actions of individual factory farm employees and involve particular acts of cruelty against animals such as beating, kicking, bludgeoning with objects, dismembering, or the like.<sup>13</sup>

<sup>3</sup> For a detailed discussion on the history and workings of factory farms and their implications on animal welfare, see William Reppy, Jr. & Jeff Welty, *Farm-Animal Welfare, Legislation, and Trade*, 70-WTR Law & Contemp. Probs. 325 (2007). Animals raised to be killed for food comprise over 98% of the animals killed in the United States. Over ten billion land animals are killed in the U.S. alone for food each year. Well over 90% of these are raised in intensively confined and industrialized factory farming conditions. From a greater animal advocacy perspective, this means that all of the animals killed in vivisection, in hunting, trapping, and fur, companion animals in shelters, in entertainment, and all other types of animals killed by humans do not even comprise 2% of the overall number. Cheryl L. Leahy, *Large-Scale Farmed Animal Abuse and Neglect: Law and its Enforcement*, 4 J. Animal L. & Ethics 63, 64-65 (2011).

<sup>4</sup> A factory farm is defined as a farm on which large numbers of livestock are raised indoors in conditions intended to maximize production at minimal cost; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/factory%20farm>.

<sup>5</sup> See, e.g., Pamela Fiber-Ostrow & Jarret S. Lovell, *Behind a Veil of Secrecy: Animal Abuse, Factory Farms, and Ag-Gag Legislation*, 19(2) Contemp. Just. Rev. 230 (2016) (noting that the meat and dairy industries are inaccessible to the public).

<sup>6</sup> *Id.* at 231.

<sup>7</sup> *Debate: After Activists Covertly Expose Animal Cruelty, Should They be Targeted with “Ag-Gag” Laws?*, DEMOCRACY NOW! (Apr. 9, 2013), [https://www.democracynow.org/2013/4/9/debate\\_after\\_activists\\_covertly\\_expose\\_animal](https://www.democracynow.org/2013/4/9/debate_after_activists_covertly_expose_animal) (quoting independent journalist Will Potter).

<sup>8</sup> Sarah Hanneken, *Principles Limiting Recovery Against Undercover Investigators in Ag-Gag States: Law, Policy, and Logic*, 50 J. Marshall L. Rev. 649, 652 (2017).

<sup>9</sup> *Id.* at 653.

<sup>10</sup> *Id.* at 653-55.

<sup>11</sup> Leahy, *supra* note 3, starting at 80. Leahy divides cases and types of animal cruelty on factory farms into “day-to-day” cruelty—hereinafter referred to as systemic cruelty—and egregious cruelty.

<sup>12</sup> *Id.* at 65.

<sup>13</sup> *Id.* starting at 80.

While systemic cruelty is undoubtedly the greater overall source of animal suffering within the industrialized animal agricultural system, it is the least likely form to acquire legal redress. In approximately 37 states, state cruelty laws contain exemption for “common” or “normal” farming practices.<sup>14</sup> In other words, an animal could be subject to extreme suffering, but as long as that which causes the suffering is a process or activity commonly practiced within the industry, animal cruelty laws do not apply. Other states simply exclude farm animals from their statutory definitions of “animal,”<sup>15</sup> thus precluding the use of animal cruelty laws in agricultural settings that way.

Instead, instances of egregious cruelty are acts that fall outside of general agricultural practices, and consequently may be more amenable to litigative action. Indeed, the documentation of animal agriculture facility employees committing animal cruelty violations has been relatively successful at acquiring criminal charges and convictions.<sup>16</sup> Examples of undercover investigative efforts, their evidence produced, and subsequent criminal proceedings are presented below.

An undercover investigation into Belcross Farms Pigs in North Carolina in 1999 discovered incidents of workers beating pregnant sows on a daily basis with a wrench or iron poles, skinning pigs alive, and sawing off the legs of conscious pigs.<sup>17</sup> As a result of this investigation, the first felony charges were brought against three employees and a manager for animal cruelty to farmed animals.<sup>18</sup> Each of the employees was convicted, and one served jail time for the abuse.<sup>19</sup>

An investigation of Seaboard Pigs in Oklahoma, one of the largest pig factory farms in the country, two years later, revealed repeated beating, kicking, bludgeoning with metal gate rods and hammers, and other violence toward pigs by workers.<sup>20</sup> Other pigs “were left to die agonizing deaths from severe injuries, illness, and lameness...without any veterinary care.”<sup>21</sup> Three counts of felony animal cruelty charges were brought against a manager, who entered a plea agreement, marking the first case in U.S. history in which a farmer pleaded to felony cruelty to animals for injuring and killing animals raised for food.<sup>22</sup>

Widespread abuse of chickens—including workers “tearing beaks off, ripping a bird’s head off to write graffiti in blood, spitting tobacco juice into birds’ mouths, plucking feathers to ‘make it snow,’ suffocating a chicken by tying a latex glove over its head, and squeezing birds like water balloons to spray feces over other birds”<sup>23</sup>—was documented at a Kentucky Fried Chicken supplier in 2004.<sup>24</sup> The prosecutor in this case, after being urged by PETA for the enforcement of West Virginia’s animal cruelty law, brought the case before a grand jury but the grand jury did not indict.<sup>25</sup>

<sup>14</sup> Leahy, *supra* note 3, at 77.

For example, Missouri animal cruelty law exempts with respect to farm animals, “normal or accepted practices of animal husbandry.” V. A. M. S. 578.007 (2019).

<sup>15</sup> See, e.g., Iowa Code 717B.1(a) (2019).

<sup>16</sup> See, e.g., Leahy, *supra* note 3, at 80-92.

<sup>17</sup> *Investigation of North Carolina Pig Farm Results in Historic Felony Cruelty Convictions*, People for the Ethical Treatment of Animals (Apr. 2000), <https://www.peta.org/about-peta/victories/investigation-north-carolina-pig-farm-results-historic-felony-cruelty-convictions/>; see also, *Belcross Pig Farm Investigation: Narrated by James Cromwell*, available at [https://www.youtube.com/watch?v=JHgj0C94\\_Mc](https://www.youtube.com/watch?v=JHgj0C94_Mc); see also, Leahy, *supra* note 3, at 81.

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Pig Abusers Charged with Felony Cruelty to Animals at Seaboard Farms, Inc.*, People for the Ethical Treatment of Animals (July 2001), <https://www.peta.org/about-peta/victories/pig-abusers-charged-felony-cruelty-animals-seaboard-farms-inc/>; see also, Leahy, *supra* note 3, at 82.

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Leahy, *supra* note 3, at 82.

<sup>23</sup> Donald G. McNeil, Jr., *KFC Supplier Accused of Animal Cruelty* (July 20, 2004), <https://www.nytimes.com/2004/07/20/business/kfc-supplier-accused-of-animal-cruelty.html>; see also, Leahy, *supra* note 3, at 82-83.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Leahy, *supra* note 3, at 83.

A 2007 investigation of Smithfield Foods supplier revealed horrific cruelty to pigs including workers dragging injured pigs by their snouts, ears and legs; cutting of piglets' tailed and pulled out piglet's testicles without any pain relief; hitting and jabbing pigs in the face with metal gate rods; and a worker gouging out the eyes of four pigs with his fingers.<sup>26</sup> PETA successfully sought enforcement of North Carolina's criminal animal cruelty law against two of the workers documented, who both subsequently fled the state.<sup>27</sup>

A 2010 investigation of Ohio's Conklin Dairy Farms documented sadistic abuse of cows and calves used in the dairy industry.<sup>28</sup> Abuse included routine stabbing with pitchforks in the face, legs, and stomach; punching in the udders, beating them in the face with crowbars; twisting cows' tails until the bones snapped; and workers bragged about stabbing, dragging, shooting, breaking bones, and beating cows and calves to death.<sup>29</sup> Charges were filed almost immediately against one worker, who plead guilty to six of the twelve counts of cruelty to animals—under Ohio law, however, animal cruelty crimes were misdemeanors.<sup>30</sup>

While the types of egregious cruelty documented in undercover investigations are well-represented by the examples above, it is woefully under-extensive and such acts should not be viewed as isolated or part of the past.<sup>31</sup> It is important to note that criminal charges and convictions under animal cruelty laws for farm animals are an incredibly recent phenomenon. This effort seems to have begun toward the end of the 20<sup>th</sup> century, and is only gaining momentum.<sup>32</sup> On their website, farm animal advocacy organization Mercy for Animals advertises that, “[a]fter a 2017 MFA undercover exposé that revealed workers punting and throwing chickens and ripping the legs off conscious birds, 38 charges were brought against Elite Farm Services, Sofina Foods, and a chairman of Elite Farm Services.”<sup>33</sup> Recently, PETA touts 46 cruelty charges against an owner of a small, family-operated poultry and egg farm.<sup>34</sup> Seven workers at a Tyson factory farm in Virginia were convicted in 2017 of cruelty to animals after undercover investigation revealed egregious cruelty to chickens.<sup>35</sup>

Despite such anecdotal and positive outcomes, convictions under cruelty statutes are still rare, and punishments are often minor even when the actions involve intentional acts of shocking cruelty. However, undercover investigations are ultimately effective.<sup>36</sup> Evidence obtained from these investigations has led to

<sup>26</sup> *Charges Filed After Investigation Reveals Torture of Pigs*, People for the Ethical Treatment of Animals, <https://www.peta.org/action/action-alerts/charges-filed-investigation-reveals-torture-pigs/>. See also, Leahy, *supra* note 3, at 83-84.

<sup>27</sup> Leahy, *supra* note 3, 84.

<sup>28</sup> *Ohio Dairy Farm Investigation*, Mercy for Animals, <http://ohdairy.mercyforanimals.org>; see also, Leahy, *supra* note 3, at 87.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> Leahy, *supra* note 3, at 87-88.

<sup>31</sup> Workers at a Tyson facility were documented striking and slamming chickens at a factory farm in 2017. Lissette Nunez, *Undercover Investigation Reveals Animal Cruelty in Tyson Farm* (Dec. 14, 2017), <http://www.wmdt.com/news/virginia/undercover-investigation-reveals-animal-cruelty-in-tyson-farm/672463736>; Workers at a dairy farm in Florida were documented in 2017 stabbing cows with spears tipped with knives and using a blow torch on cows. Howard Cohen, *Video Shows Dairy Cows Beaten and Burned at McArthur Farm* (Dec. 15, 2017), <https://www.miamiherald.com/news/state/florida/article189935934.html>. A Mercy for Animals undercover investigation into a pig farm in 2018 showed workers violently killing piglets by smashing their heads against the ground. *Pig Factory Farms: United States, 2018*, (Last visited Mar. 4, 2019), <https://mercyforanimals.org/investigations>.

<sup>32</sup> A video taken at a dairy farm and Publix supplier in 2017 showed workers beating a cow on the head with a steel rod, as well as workers kicking, beating, and stabbing cows to force them into cramped pens. Such video led to a criminal investigation. David Fleshler & Adam Sacasa, *Criminal Investigation Opened into Abuse of Cows at Dairy Farm* (Nov. 9, 2017), <http://www.sun-sentinel.com/news/florida/fl-rcg-dairy-farm-video-20171109-story.html>.

<sup>33</sup> “Our Powerful Progress,” Mercy for Animals (last visited Mar. 4, 2019), <https://mercyforanimals.org/legal>.

<sup>34</sup> Michelle Kretzer, *Meet Your ‘Happy’ Meat: 46 Cruelty Charges for Owner of ‘Happy’ Farm*, PETA (Sept. 4, 2018), <https://www.peta.org/blog/46-cruelty-charges-owner-of-happy-farm/>.

<sup>35</sup> *Tyson Workers Convicted of Animal Cruelty*, Animal Welfare Institute (last visited Mar. 4, 2019), <https://awionline.org/awi-quarterly/winter-2017/tyson-workers-convicted-animal-cruelty>.

<sup>36</sup> Hanneken, *supra* note 8, at 657.

massive food recalls,<sup>37</sup> lawsuits, stronger animal-protection laws,<sup>38</sup> changes in corporate policy,<sup>39</sup> as well as criminal convictions.<sup>40</sup> Undercover investigations have also had an impact on consumers' buying habits.<sup>41</sup>

While these undercover investigations have become central and foundational to the animal rights movement's advocacy efforts against slaughterhouses and factory farms, they are not spared from criticism, even by those within the movement. In particular, the animal protection movement's focus on criminal punishment for those who commit animal abuse or cruelty has been criticized as contributing to the mass incarceration problem in the United States and accordingly has been attacked as racist, classist, and xenophobic.<sup>42</sup> This is the foundation of the criticism and argument against pro-carceral animal law.

### 3 Empirical Evidence and the Pitfalls of Pro-Carceral Animal Law

Advocating for criminal, particularly carceral, punishment for animal cruelty offenses would, undoubtedly, contribute at least somewhat to the country's already problematic mass incarceration crisis. As of 2018, almost 2.3 million people are incarcerated in jails or prisons, giving the nation the distinction of having the highest incarceration rate in the world.<sup>43</sup> Approximately 13,000 people are in federal prisons for criminal convictions of violating federal immigration laws; 13,000 more are held pretrial by U.S. Marshals; and another 34,000 are civilly detained by U.S. Immigration and Customs Enforcement.<sup>44</sup> Furthermore, people of color are dramatically overrepresented in the nation's prisons and jails. For example, blacks make up 40% of the country's incarcerated population despite representing only 13% of U.S. residents.<sup>45</sup> Latinos comprise 19% of the incarcerated population while representing 16% of the nation's population.<sup>46</sup> In stark contrast, whites make up 64% of the U.S. population, while only comprising 40% of the incarcerated population.<sup>47</sup>

The socioeconomic realities of those incarcerated are also disturbing. Not only are the median incomes of incarcerated people prior to incarceration lower than non-incarcerated people, but incarcerated people are dramatically concentrated at the lowest ends of the nation income distribution.<sup>48</sup> Specifically, the median annual income of incarcerated people was \$19,185 prior to their incarceration, which is 41% less than non-incarcerated people of similar ages.<sup>49</sup> Such racial and socioeconomic concerns make society question whether it is morally wrong to arrest, prosecute, or incarcerate members of relatively powerless groups at

<sup>37</sup> See, e.g., Andrew Martin, *Largest Recall of Ground Beef Is Ordered*, N.Y. TIMES (Feb. 18, 2008), [www.nytimes.com/2008/02/18/business/18recall.html](http://www.nytimes.com/2008/02/18/business/18recall.html) (reporting on largest beef recall in history--143 million pounds of beef produced by Hallmark/Westland Meat Company, following an undercover investigation by the Humane Society of the United States that revealed workers on forklifts forcing "downer" cows into slaughter, a severe violation of food safety laws).

<sup>38</sup> See, e.g., *Utah Ends Mandatory Pound Seizure Following PETA's Investigation*, PETA (Jan. 2010), [www.peta.org/about-peta/victories/utah-ends-mandatory-pound-seizure-following-petas-investigation/](http://www.peta.org/about-peta/victories/utah-ends-mandatory-pound-seizure-following-petas-investigation/) (last visited Aug. 21, 2017) (announcing passage of Utah legislation to end the compelled sale of homeless dogs and cats from government-run shelters to laboratories for use in experiments).

<sup>39</sup> See, e.g., Matt Rice, *Progress: Walmart Announces Sweeping Animal Welfare Policy*, MFA BLOG (May 22, 2015), [www.mfablog.org/progress-walmart-announces-sweeping-animal](http://www.mfablog.org/progress-walmart-announces-sweeping-animal) (announcing Walmart's stated commitment to improving farmed animal welfare across its entire global supply chain following a string of undercover investigations revealing egregious abuse among its pork suppliers);

<sup>40</sup> See, e.g., Complaint at 22, *Animal Legal Defense Fund v. Herbert*, No. 2:13-cv-00679-RJS (D. Utah July 22, 2013) (presenting litany of animal-cruelty convictions founded on evidence obtained during undercover investigations by animal-rights groups)

<sup>41</sup> Glynn T. Tonsor and Nicole J. Olynk, *U.S. Meat Demand: The Influence of Animal Welfare Media Coverage*, Kan. St. Univ. (Sept. 2010), <http://www.agmanager.info/livestock/marketing/animalwelfare/MF2951.pdf>.

<sup>42</sup> See, e.g., Marceau, *supra* note 1, at 39.

<sup>43</sup> Peter Wagner & Wendy Sawyer, *Mass Incarceration: The Whole Pie 2018*, Prison Policy Initiative (Mar. 14, 2018), <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2018.html>.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Bernadette Rabuy & Daniel Kopf, *Prisons of Poverty: Uncovering the Pre-Incarceration Incomes of the Imprisoned*, Prison Policy Initiative (Jul. 9, 2015), <https://www.prisonpolicy.org/reports/income.html>.

<sup>49</sup> *Id.*

such high rates.<sup>50</sup> While the general consensus is that it is indeed morally wrong, these incarceration problems persist.

These concerns are, at the least, heightened when in context of factory farms and slaughterhouses. A large percentage of factory farm workers are people of color including migrant workers from Mexico and other parts of Latin America.<sup>51</sup> According to the United States Department of Agriculture (USDA), approximately 52% of working in “farm labor” are Hispanic.<sup>52</sup> Similarly, slaughterhouse and meat-processing workers are predominantly people of color.<sup>53</sup> Historically, blacks made up a significant percentage of the workforce. In recent decades, however, the percentage in the industry of Latino workers has increased substantially, and today approximately 38% of slaughterhouse and meat-processing workers are born outside of the U.S.<sup>54</sup> An unknown but presumed-to-be large<sup>55</sup> number of workers in both industries are undocumented. The mean annual wage, according to the Bureau of Labor Statistics (BLS), of “slaughterers and meat packers” is \$27,830<sup>56</sup> and \$23,730 for “agricultural workers.”<sup>57</sup>

Given the demographics of the industrialized animal agriculture industry, advocating from criminal sanctions against the workers therein would undoubtedly risk targeting already marginalized populations. Animal advocates may argue that their primary focus is on industrialized animal agricultural facilities, and the demographics of the workers in the industry are an irrelevant—for the movement’s purposes—happenstance. The argument is undoubtedly correct, but it does nothing to defend the animal protection movement from criticism and possible friction from parallel cause movements, such as the workers’ rights movement. Indeed, much of the pro-carceral criticism focuses on the animal rights movement’s disregard for other human-centered, or anthropocentric, movements. The legitimacy of the animal movement compared to anthropocentric movements is an important consideration and will be discussed later in this paper.

Some in the animal protection movement argue that criminal sanctions should be sought and enforced for anti-cruelty laws because of the alleged link between violence against animals and violence against humans.<sup>58</sup> The argument posits that anti-cruelty laws should be enforced, and even strengthened, in order to identify those persons who likely cause a great threat to humans in the future. Anecdotal evidence makes such a proposition seem likely. For example, many serial killers were reported to have abused animals earlier in life.<sup>59</sup> In tandem with the rising popularity of such an argument for tougher animal cruelty laws, however, the legitimacy of the connection became questionable after studies struggled to consistently find this “link”.

An early example of a study<sup>60</sup> finding “the link” studied 152 men in Connecticut and Kansas and divided them into three groups: highly or moderately aggressive criminals, nonaggressive criminals, and noncrimi-

<sup>50</sup> James Forman, Jr., *Why Care About Mass Incarceration?*, 108 Mich. L. Rev. 993, 996 (2010).

<sup>51</sup> *Temporary Farm Labor: The H-2A Program and the U.S. Department of Labor’s Proposed Changes in the Adverse Effect Wage Rate (AEWR)*, Congressional Research Service (2008), <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/RL34739.pdf>

<sup>52</sup> *Farm Labor*, U.S.D.A. Economic Research Service (last visited Mar. 10, 2019), <https://www.ers.usda.gov/topics/farm-economy/farm-labor/#demographic>.

<sup>53</sup> William Kandel, *Recent Trends in Rural-based Meat Processing*, Economic Research Service, U.S.D.A (2009), <https://migrationfiles.ucdavis.edu/uploads/cf/files/2009-may/kandel.pdf>.

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> See, *Factory Farm Workers*, Food Empowerment Project (last visited Mar. 10, 2019), <http://foodispower.org/factory-farm-workers/>; see also, *Slaughterhouse Workers*, Food Empowerment Project (last visited Mar. 10, 2019), <http://foodispower.org/slaughterhouse-workers/>.

<sup>56</sup> *Occupational Employment and Wages, May 2017: 51-3023 Slaughterers and Meat Packers*, B.L.S. (2017), <https://www.bls.gov/oes/2017/may/oes513023.htm>.

<sup>57</sup> *Occupational Outlook Handbook: Agricultural Workers*, B.L.S. (2017), <https://www.bls.gov/ooh/farming-fishing-and-forestry/agricultural-workers.htm>.

<sup>58</sup> See, e.g., Joseph G. Sauder, *Enacting and Enforcing Felony Animal Cruelty Laws to Prevent Violence against Humans*, 6 Animal L. 1 (2000).

<sup>59</sup> See, Margit Livingston, *Desecrating the Ark: Animal Abuse and the Law’s Role in Prevention*, 87 Iowa L. Rev. 1, 43-44 (2001).

<sup>60</sup> Stephen R. Kellert & Alan R. Felthous, *Childhood Cruelty Toward Animals Among Criminals and Noncriminals*, 38 Hum. Rel. 1113, 1113 (1985).

nals.<sup>61</sup> Through interviews, the study established a significant association between acts of cruelty in childhood and serious, recurrent aggression against people as an adult.<sup>62</sup> Twenty-five percent of the aggressive criminals had abused animals five or more times in childhood whereas only 5.8% of moderate and nonaggressive criminals and none of the noncriminals had done so.<sup>63</sup> In contrast, a 2011 study found that sex with animals was the only method of childhood animal cruelty that predicted the later commission of adult violent crimes.<sup>64</sup>

Research which surveyed evidence and studies on the link<sup>65</sup> question this “progression theory” that suggests there is a progression from animal abuse to interhuman violence. It found and criticized that the theory is supported not by a coherent research program but by disparate studies often lacking methodological and conceptual clarity.<sup>66</sup> It suggested “that the link between animal abuse and interhuman violence should be sought not only in the personal biographies of those individuals who abuse animals but also in those institutionalized social practices where animal abuse is routine, widespread, and socially acceptable.”<sup>67</sup> It does seem true, indeed, that any argument for the enforcement of animal cruelty laws within factory farms or slaughterhouses in order to protect humans would need to demonstrate a link between cruelty in these settings and interhuman violence.

One 2009 study<sup>68</sup> examined the relationship between slaughterhouse employment levels and crime rates, controlling for the variables commonly proposed in the literature as associated with crime in communities, and compared the effects of the slaughterhouse industry with other manufacturing industries that are similar in labor force composition, injury and illness rates, but different in that the materials of production are inanimate objects, rather than animals.<sup>69</sup> Controlling for all of the variables in the study’s model, when the number of slaughterhouse workers increases by 1, the Arrest Rate Scale<sup>70</sup> increases by 0.013 arrests. Using the Report Rate Scale<sup>71</sup> instead, the coefficient for slaughterhouse employment is 0.027. None of the comparison industries demonstrated significant effects in terms of arrest rates or report rates.<sup>72</sup> Furthermore, an average-sized slaughterhouse, would be expected to increase the arrest scale (for the relevant community) by 2.24 arrests and the report scale by 4.69.<sup>73</sup> “Particularly telling,” according to the study, is the fact that the expected arrest and report values in counties with 7,500 slaughterhouse employees are more than double the values where there are no slaughterhouse employees.<sup>74</sup> The results of the study “demonstrate that the effect of slaughterhouse employment on [the arrest and report scales] cannot be explained away by the control variable and that the comparison industries do not have similar significant effects.”<sup>75</sup> The study furthermore found that slaughterhouse employment has significant positive and unique effects on rate of total arrests, arrests for violent crimes, arrests for rape, and arrests for other sex offenses.<sup>76</sup>

<sup>61</sup> *Id.* at 1116-17. The criminals were chosen from federal penitentiaries in Leavenworth, Kansas and Danbury, Connecticut. Non-criminals were selected at random from urban, small town, and suburban areas near New Haven, Connecticut and Topeka, Kansas. Criteria for defining aggressiveness included aggressive speech, aggressive preparatory behaviors, and aggressive actions.

<sup>62</sup> *Id.* at 1127.

<sup>63</sup> *Id.* at 1119-20.

<sup>64</sup> Christopher Hensley et al., *The Predictive Value of Childhood Animal Cruelty Methods on Later Adult Violence: Examining Demographic and Situational Correlates*, 56 Int’l Journals of Offender Therapy and Comp. Criminology 281, 292 (2011).

<sup>65</sup> Piers Beirne, *From Animal Abuse to Interhuman Violence? A Critical Review of the Progression Thesis*, 12(1) Society and Animals 39-65 (2004).

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Amy J. Fitzgerald et al., *Slaughterhouses and Increased Crime Rates: An Empirical Analysis of the Spillover from “The Jungle” Into the Surrounding Community*, <https://doi.org/10.1177/1086026609338164> (2009).

<sup>69</sup> *Id.* at 2.

<sup>70</sup> The Arrest Rate Scale is made up of the following variables: rape, robbery, burglary, other assaults, forgery, possessing stolen property, vandalism, offenses against the family, and disorderly conduct. *Id.* at 9.

<sup>71</sup> The Report Rate Scale is made up of the following variables: reports of rape, robbery, assault, burglary, motor vehicle theft, and arson.

<sup>72</sup> *Id.* at 10.

<sup>73</sup> *Id.* at 11.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> Controlling for the number of young men in the county, population density, the total number of males, the number of people

A 2015 study<sup>77</sup> confirmed this connection. The findings indicated that the location of a slaughterhouse in a county was associated with increases in the total arrest rate, arrests for rape, and arrests for offenses against the family in comparison to counties without a slaughterhouse.<sup>78</sup> While this research points to a relationship between the violence of killing nonhuman animals and violence towards humans, animal advocates should be mindful that the same research may work against the premise of enforcing criminal anti-cruelty provisions within industrial animal agriculture facilities.

For example, the multiple sites of violence condoned and called for in slaughterhouses and factory farms may fit into a “progression theory” of extra-institutional violence.<sup>79</sup> There is, first, the abrupt, unnatural, and often painful death of billions of animals in the slaughterhouse as well as the systemic cruelty witnessed and participated in within the factory farm. Less acknowledged within the animal protection movement, is the extreme physical and psychic toll on these workers who, among all private sector U.S. industries, suffer the highest annual rate of nonfatal injuries and illnesses and repeated-trauma disorders.<sup>80</sup> Then, there is the violence visited on those beings—human and animal—with whom slaughterhouse workers interact outside their work environments.

Whenever human-animal relationships are marked by authority and power, and thus by institutionalized social distance, there is an aggravated possibility of extra-institutional violence:<sup>81</sup>

Thus, whatever their social situation and motivation, both assaultive children and slaughterhouse workers might be so desensitized by the act of animal abuse that subsequently they have lesser compassion for the suffering and welfare of many other beings (including humans). In reducing abusers’ compassion, animal abuse might be found to increase tolerance or acceptance of pro-violent attitudes and, thereby, to foster interhuman violence. Indeed, a plausible corollary of the progression thesis, if found to be true, is that children who have, or who are taught to have, compassion for animals might be more likely to become adults who act more sensitively and more gently toward humans.<sup>82</sup>

This also parallels claims made under the “brutalization hypothesis.” According to this hypothesis, instead of having a deterrent effect on homicides, the use of the death penalty—a clear example of state-sanctioned violence—increases homicides due to the legitimization of the use of lethal violence, although research has mixed results.<sup>83</sup> In the animal protection context, ethnographic accounts<sup>84</sup> have emphasized the contradiction faced by slaughterhouse workers between the rules that regulate the slaughter and the necessity of carrying out the killing in an efficient and routinized way.<sup>85</sup>

The working environments of factory farms and slaughterhouses thus makes one question whether or not these employees adequately meet criminal culpability, or *mens rea*, requirements. While some criminal animal statutes do not specify a particular culpability requirement,<sup>86</sup> the *mens rea* elements for state animal cruelty laws generally require knowledge or willfulness in order for a person or entity to be criminally culpable. A common

---

in poverty, international migration, internal migration, total non-White and/or Hispanic population, the unemployment rate, and the total county population. *Id.* at 16.

<sup>77</sup> Jessica Racine Jacques, *The Slaughterhouse, Social Disorganization, and Violent Crime in Rural Communities*, 23 *Society and Animals* 594-612 (2015).

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> Beirne, *supra* note 65, at 54.

<sup>80</sup> *Occupational Injuries and Illnesses: Counts, Rates, and Characteristics, 1997*, U.S. Department of Labor (1999).

<sup>81</sup> Beirne, *supra* note 65, at 54.

<sup>82</sup> *Id.* at 55 (internal citations omitted).

<sup>83</sup> Fitzgerald, *supra* note 68, at 6. See also, D. King, *The Brutalization Effect: Execution Publicity and the Incidence of Homicide in South Carolina*, 57 *Social Forces* 683-87 (1978); J. K. Cochran & M. Chamlin, *Deterrence and Brutalization: The Dual Effects of Executions*, 17 *Justice Quarterly* 685-706 (2000); B. Lang & D. Lester, *The Deterrent Effect of Executions: A Meta-Analysis Thirty Years After Ehrlich*, 36 *Journal of Criminal Justice*, 453-460 (2008).

<sup>84</sup> See, e.g., G. Eisnitz, *Slaughterhouse: The Shocking Story of Greed, Neglect, and Inhumane Treatment Inside the U.S. Meat Industry* (1997); D. Fink, *Cutting into the Meatpacking Line: Workers and Change in the Rural Midwest* (1998); C. Rémy, *Une Mise à Mort Industrielle “Humaine”?* *L’abattoir ou L’impossible Objectivation des Animaux*, 16 *Politix* 51-73 (2003).

<sup>85</sup> Fitzgerald, *supra* note 68, at 6.

<sup>86</sup> See, e.g., MO Rev. Stat. § 578.009 (a person commits the offense of animal neglect if he or she “[h]as custody or ownership of an animal and fails to provide adequate care”). Here, knowledge or willfulness is not required to commit animal neglect.

distinction among states is requiring knowledge for animal neglect offense and willfulness for animal abuse offenses. In Missouri, for example, the crime of animal neglect is committed if one “[k]nowingly abandons an animal in any place without making provisions for its adequate care.”<sup>87</sup> Animal abuse, on the other hand, can be committed if a person “[p]urposely or intentionally causes injury or suffering to an animal.”<sup>88</sup>

The type of egregious cruelty documented in undercover footage that could be used against individual employees generally fall into the animal abuse category and thus require purpose or intent by the workers. In these cases of animal cruelty—such as beating or stabbing—the *mens rea* requirements may simply be met by the mere existence of a video of such an act. It would be hard to imagine, for example, that a defendant could argue that he beat an animal with an iron rod without intent. However, it may be argued that the question of where to place liability is not answered by determining who has the guilty mind, but rather by who should be held criminally responsible in order to best serve the deterrent purpose.<sup>89</sup> Indeed, if legal action were directed away from individuals and toward the industry, the animal protection movement could better target the root of the problem.

A factory farm or slaughterhouse employee who commits acts of animal cruelty in the course of his or her employment may be acting within a system that is inherently cruel, and such acts of cruelty could be seen to be benefitting or working legitimately within such a system. The intensive confinement and mass production inherent in factory farming systems on their own may implicate a poor level of care for animals therein. When workers perform their jobs with the intent to support the function of such a system, cruel conduct towards animals may, at the least, promote “efficiency” in moving, confining, controlling, or slaughtering animals. For example, workers in Virginia who are paid per chicken slaughtered were documented crushing chickens with industrial machinery in order to kill as many chickens as quickly as possible.<sup>90</sup> It is not difficult to imagine that supervisory or managerial employees could likely have been aware of such practices and took no action. In such a case, this would be evidence that would weigh in favor of determining that this factory farm maintains an environment of sufficient systemic cruelty in which the cruel acts of the employees were in furtherance of.

But animal advocates would not disagree that targeting the “system” of animal cruelty is ideal. However, it is doubtful that the work of undercover investigators presents a true choice between attacking either the industry or the individual. On one hand, legal action is likely not possible or successful against an overarching corporation of a factory farm or slaughterhouse, whereas there has been more notable success against specific individuals. In theory, though, prosecutorial action could be brought against both an individual and the corporation for the same illegal act of animal cruelty.<sup>91</sup> Critics of pro-carceral animal law would suggest that no legal action needs to be taken against any individual; the horrifying realities documented in undercover investigations is enough to lay the groundwork for creating change within the industry:

Prosecution provides a distraction from the arduous and seemingly impossible task of slowing the rate of animal suffering. The low-level employee becomes the sacrificial lamb offered up by the industry as proof of their commitment to animal welfare standards, and by the animal protection groups as evidence of their success in liberating animals from cruelty. There is a shameful parity between the animal protection movement and the agricultural industry in their treatment of low-level agricultural employees as expendable and as deserving targets of blame. For the movement, no less than for the industry, targeting low-level abuse for vilification is a way of vindication social norms in favor of respecting animal well-being.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> *Id.* § 578.009(2).

<sup>88</sup> *Id.* § 578.012(2).

<sup>89</sup> Brice Coleman, *Is Corporate Criminal Liability Really Necessary?*, 29 Sw. L.J. 908, 920 (1975).

<sup>90</sup> Description and evidence of factory farm employees crushing chickens to death with machinery was presented by Virginia Senior Assistant Attorney General and Director of Virginia Attorney General’s Office Animal Law Unit Michelle Welch at the 2018 Animal Legal Defense Fund Animal Law Conference. <http://animallawconference.org/wp-content/uploads/sites/7/2018/11/Welch-PPT-ALC-2018.pdf>.

<sup>91</sup> See, e.g., A. Mitchell Polinsky, *Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?*, 13 Int’l Rev. L. & Econ. 239, 239 (1993) (discussing how it is socially desirable to punish employees when corporations themselves face liability).

<sup>92</sup> Marceau, *supra* note 1, at 252.

As seen, the prosecution of individual workers for animal cruelty stemming from undercover investigative documentation cannot be adequately justified by referencing a “link” between violence against animals and inter-human violence or by the effect of factory farm or slaughterhouse employment on the rates of crime, violent or otherwise, in the surrounding community. The focus on individual actors within this industry also can lead to friction with other cause movements, particularly workers’ rights, anti-racist or anti-xenophobic movements, or movements against mass incarceration. While these aspects of this school of criticism cannot be dismissed as invalid, a pro-carceral animal law cannot be deemed incorrect either. The criticism ignores fundamental notions of the animal rights movement being a legitimate movement of its own accord and theories of advancement of social movements.

## 4 How the Animal Rights Movement Relates to Anthropocentric Social Movements

Critics of a pro-carceral animal law, with respect to criminal prosecutions against industrial animal agriculture workers, are at the very least demanding that the animal protection movement or, more dangerously, the animal rights movement cater their own movement’s goals to be palatable to other anthropocentric goals. Undoubtedly the vast majority (at the very least) of society would place compelling<sup>93</sup> human interests above animal interests, but to assume that the animal rights movement should acquiesce when other interests are present runs afoul of basic premises of the movement itself.

A clarification of the animal protection movement in relation to the animal rights movement is needed. The animal rights movement is a subset of the animal protection movement; while both often seek similar real-world legal victories, the animal rights movement is unmistakably distinct in its abstract principles and goals. Simplistically, the animal protection movement can be seen to encompass two movements: the animal welfare movement and the animal rights movement.<sup>94</sup>

The animal welfare movement seeks to prevent animals from suffering needlessly, and thereby to improve the quality of animal lives.<sup>95</sup> Animal welfare goals can accordingly be achieved through measures designed to alleviate the suffering of animals in settings in which humans interact with them.<sup>96</sup> Based on utilitarian philosophies, the welfare movement (which takes up a larger portion of the animal protection movement) recognizes that animals have interests that should be taken into account *in relation to* human interests.<sup>97</sup> The animal rights movement, in contrast, see nonhuman animals as creatures having inherent value, similar to humans, and therefore, their worth is not determined by their usefulness to humans.<sup>98</sup> This movement, therefore, is not content just to improve the conditions under which animals live (although they certainly join animal welfarists in this fight), but seek a world in which animals are never “made to suffer on account of human desires.”<sup>99</sup> Thus, while the criticism of pro-carceral animal law may very well apply to the animal welfare movement on account of the movement’s inherent inclusion of human interests, the criticism does not reach the animal rights camp.

<sup>93</sup> There may be more support for animal interests over human interests in areas of relatively trivial human concerns, such as cosmetics testing or gratuitous killing of animals.

<sup>94</sup> While there is often much overlap between these two movements, and variations thereof, the dichotomy between animal welfare and animal rights is a generally accepted grouping of ideologies within the animal movement generally.

<sup>95</sup> Ruth Payne, *Animal Welfare, Animal Rights, and the Path to Reform: One Movement’s Struggle for Coherency in the Quest for Change*, 9 Va. J. Soc. Pol’y & L. 587, 595 (2002).

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> Although there are many different branches of utilitarianism, all branches generally treat individuals as means to an end and therefore not as ends in themselves. See Gary L. Francione, *Animal Rights and Animal Welfare*, 48 Rutgers L. Rev. 397, 410-11 (1996).

<sup>98</sup> *Id.* at 417. Animal rightists generally believe that animals have “a right to be treated properly in our dealings with them, regardless of their value to humans as resources.” Elaine L. Hughes & Christiane Meyer, *Animal Welfare Law in Canada and Europe*, 6 Animal L. 23, 33 (2000).

<sup>99</sup> Helena Silverstein, *Unleashing Rights: Law, Meaning, and the Animal Rights Movement* 33 (1996).

The animal rights movement is unlike virtually all other cause movements, which place human interests front and center. The main difference between these anthropocentric movements revolves around *which* human interests—and *which* humans—are focused on. However, the close ties between the animal rights and environmental movements has secured animal rights a place in the green criminology movement.<sup>100</sup> Animal rights and environmental movements each have been “nurtured within a much larger social movement—respectively, the animal protection community and various environmentalisms(s).”<sup>101</sup> Both arose at roughly the same time and under similar circumstance, “namely, the turbulence, iconoclasm and leftist political activism of the early-to mid-1960s.”<sup>102</sup> Both movements have an underlying concern with relations of power and inequality and with the elimination of their undesirable effects; the latter include harm, exclusion, injury, and suffering.<sup>103</sup> However, the animal-centered movement and environmental movements have divided sharply in their respective aims, philosophies, and theoretical assumptions from their emergence. So even the animal rights movement’s closest relative is often “at best in parallel and, at worst, in vehement opposition” to it.<sup>104</sup>

Since the mid-1960s support for animal rights has grown into a large-scale, well-publicized and theoretically informed social movement. In some parts of the more developed world the movement’s gains seem to have been extraordinary. In some societies among its achievement might be counted the movement’s contribution to state regulation of the production, transport, and slaughter of cattle and poultry; a gradual decline in the consumption of meat, and a concomitant rise in consumption of grains, fruit, and vegetables; stricter control on animal shelters, zoos, circuses, and aquaria; greater restrictions on the use of vivisection in scientific and commercial laboratories and in school; a drastic reduction in sales of animal skin and fur; and the protection of endangered species, especially exotica such as whales, wolves, and raptors.<sup>105</sup>

Thus, it should be evident that the animal rights movement has sufficiently carved out a space for itself within social movements, placing the interests of animals outside of human uses. Without necessarily discounting the human interests surrounding the animal interests in an industrialized animal agriculture setting, the animal rights movement has asserted its philosophies since its emergence in the 1960s to be a movement focused mainly, if not solely, on advancing animal interests. To question the efficacy of this movement because of its failings as measured by separate social movements, is to fail to understand or appreciate the animal rights movement as a valid cause in of its own. While it seems commonplace to contend that animal interests should bow to any adjacent human interests, this natural notion is at odds not only with the practical legal goals of the animal rights movement, but of the theoretical underpinnings of the movement itself. Thus, while the criticism against pro-carceral animal law is unquestionably valid as an informational matter, it does little to affect the inner workings of the social movement it hopes to address.

With that in mind, calling for a withdrawal of legal action against individuals documented committing animal cruelty in undercover investigations is tantamount to asking animal organizations to refuse to use the few sources of legal action they have worked to acquire in the realm of factory farms or slaughterhouses. Anti-cruelty laws are notoriously difficult to enforcement and apply to specific scenarios.<sup>106</sup> Furthermore, while anti-cruelty laws continued to be developed and advanced through the twentieth century for other animals, farms animals gradually moved outside of legal protection, either through their exemption from the definition of animals protected or through the exemption of cruel practices in farming from the definition of cruel practices.<sup>107</sup> In that light, the emergence of undercover investigations is a way for animal protection

<sup>100</sup> *Id.* See Chapter 3: Animal Rights, Animal Abuse and Green Criminology.

<sup>101</sup> *Id.* at 55-56.

<sup>102</sup> *Id.* at 56.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.* at 72.

<sup>105</sup> *Id.* at 65.

<sup>106</sup> David J. Wolfson, *Beyond the Law: Agribusiness and the Systemic Abuse of Animals Raised for Food or Food Production*, 2 *Animal L.* 123, 131-132 (1996).

<sup>107</sup> Joseph Vining, *Animal Cruelty Laws and Factory Farming*, 106 *Mich. L. Rev. First Impressions* 123, 123 (2008).

organizations to have a presence in the arena arguably most potent to their cause. To ask that the movement withdraw the sliver of a grasp it legally has within industrialized animal agriculture is asking the movement to relinquish its legally valid fight against egregious cruelty in these settings.

Such a request is included in criticism against pro-carceral animal law and can follow from the assumptions made based on the empirical evidence discussed above. If one accepts that institutionalized violence against animals creates a breeding ground for violence against animals, even egregious, then prosecuting individual actors may serve no purpose in the advancement of animal welfare or rights in factory farms or slaughterhouses. Only by reforming the system as a whole will the goals of animal protection organizations be able to be met. Such a reform, in this view, could conceivably only be achieved through legislation or corporations self-reforming through consumer demand. Such a reform may be seen as a sort of social enlightenment, as the public grows more aware of the atrocities of how animals are treated in the food system, society as a whole will change to accommodate those view.

## 5 Pro-Carceral Animal Law Within Social Movement Development Theory

A focus on pure societal reform has long-term appeal, but it is certainly overly simplistic and idealistic. It furthermore ignores the role that specific litigative efforts and small-scale, short-term legal action likely plays in the development and advancement of a social movement. Anderson<sup>108</sup> compared the animal protection movement, specific to animal agriculture concerns, to the child labor reform movement of the nineteenth century in Britain:

Like children in the 1800s, animals caught in the agricultural revolution have been subjected to worsening conditions due to the economic pressures of industrial concentration. Moreover, animals are powerless, in the sense of having no real choice in whether to accept the conditions of their confinement, just as children were unable to reject the conditions of their employment. Neither group can seek reform directly, because they have no direct access to the political system. Neither group is able to effectively organize and protest the conditions of their confinement/employment. And both groups have been the beneficiaries of a reform movement based largely on moral concerns.<sup>109</sup>

In analyzing the connections between these movements, Anderson developed a model of political economy that explains how powerless groups obtain legislative protection.<sup>110</sup> In the first stage, the need for protection of powerless groups arises when conditions begin to significantly deteriorate due to the economic pressures of market industrialization; this first stage has long been reached in animal agriculture, with the industrialization of the animal food system in the twentieth century.<sup>111</sup>

In the second stage, pressure for reform grows as a new ethical or moral imperative develops.<sup>112</sup> This ethical change is where the animal protection movement currently resides; the development of such a new norm—according to insights of new social movement theory<sup>113</sup>—to the combined influence of popular culture, triggering events, and the leadership of important historical figures. The new ethical imperative must be couple with the formation of an adequate interest group structure to achieve effective political pressure, and changes in the economic equation may be achieved by consumer action and impact litigation, adding to the pressure for reform.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> Jerry L. Anderson, *Protection for the Powerless: Political Economy History Lessons for the Animal Welfare Movement*, 4 Stan. J. Animal L. & Pol'y 1 (2011).

<sup>109</sup> *Id.* at 4-5.

<sup>110</sup> *Id.* at 7.

<sup>111</sup> *Id.* at 26.

<sup>112</sup> *Id.* at 8.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Id.* at 8-9.

As insights into any social movement can make clear, the development of a new moral paradigm is a long, difficult, and complex battle.<sup>115</sup> Importantly, linking the ideology of a social movement (in this case, a moral demand for, at least, improved treatment of animals in the agricultural system) to the organization and political processes central to resource mobilization can be at least partly achieved through the concept of “framing.”<sup>116</sup> Crucial to framing an issue to convince people that action is necessary, activists must construct their own narrative of events and create symbols to quickly and efficiently carry their ideas to the public and link them to “themes or values in the cultural stock.”<sup>117</sup>

As Anderson notes, thus far the collective story of factory farming is dominated by lingering perceptions of farmers who “care about their animals” and laissez-faire economic policy. Corporations push this story through advertising that tout the sanitary, healthy conditions for animals and the high quality of the resulting product. Legislatures confirm the story by exempting agricultural animals from cruelty laws. The courts reinforce this story by employing standing limitations, which preclude anyone from challenging industrial farming conditions.<sup>118</sup> “The emergence of a new norm may depend on multiple individual experiences and stories about those experiences which begin to alter the accepted collective understanding of the situation.”<sup>119</sup>

Legislative reform is historically a gradual process of establishing footholds, which slowly help to re-adjust the accepted norms.<sup>120</sup> Considering the fact that the applicability of anti-cruelty laws within factory farms and slaughterhouses is a recent development coinciding with slow regulatory change of the systemic conditions of animals in these facilities,<sup>121</sup> there is no reason to think that anti-cruelty laws are not such a foothold. While critics may argue that prosecutions are not impact litigation in the sense that they do not directly create legal change to the improvement of the lives or living conditions of farm animals, this criticism ignores the importance of animal organizations, through state governments no less, having a legal voice within facilities ordinarily kept out of the public eye.<sup>122</sup> Furthermore, even if a litigative action is not successful as impact litigation per se—and sometimes because it is unsuccessful—it may raise public awareness regarding the issue and serve as a triggering event for legislative action.<sup>123</sup>

It is even argued that animal cruelty prosecutions have served to fossilize animal rights, or impede development of the field:<sup>124</sup>

The existence of animal cruelty laws has provided a basis of courts to refuse to extend the most basic rights of autonomy and liberty to other species. For example, in the context of denying the existence of a right for elephants and chimpanzees not to be isolated in solitary cages, judges have pointed out that such legal rights need not be recognized, because if the living conditions become too torturous for the

<sup>115</sup> *Id.* at 33 (“Because protection of the powerless requires this “perfect storm” of societal developments, it is not surprising that regulation is slow, often lagging significantly behind public opinion.”).

<sup>116</sup> “Framing consists of a process in which “enterprising agents within social movements draw from existing mentalities and political culture to manipulate the symbols necessary for creating action-oriented frames of meaning that will mobilize others on behalf of movement goals.” *Id.* at 16 (citing Carol McClurg Mueller, *Building Social Movement Theory*, in *Frontiers in Social Movement Theory* 3, 14 (Aldon D. Morris & Carol McClurg Mueller eds., 1992)).

<sup>117</sup> *Id.* at 16-17 (citing John A. Noakes & Hank Johnston, *Frames of Protest: A Road Map to a Perspective*, in *Frames of Protest: Social Movements and the Framing Perspective*, 1, 9 (Han Johnston & John A. Noakes eds., 2005)).

<sup>118</sup> *Id.* at 34.

<sup>119</sup> *Id.* (citing Palma Joy Strand, *Law as Story: A Civic Concept of Law (with Constitutional Illustrations)*, 18 S. Cal. Interdisc. L.J. 603, 620-24 (2009)).

<sup>120</sup> *Id.* at 52.

<sup>121</sup> In the animal welfare arena, states have taken the lead in regulation: many states have now taken action, either by legislation or ballot initiative, to ban gestation crates, veal crates, and battery cages. *Id.* at 53.

<sup>122</sup> Several states have opted to enact “ag-gag” legislation which criminalizes or otherwise penalizes procuring and distributing video taken undercover on agricultural facilities. For a detail discussion of ag-gag legislation, see, e.g., Sara Lacy, *Hard to Watch: How Ag-Gag Laws Demonstrate the Need for Federal Meat and Poultry Industry Whistleblower Protections*, 65 Admin. L. Rev. 127 (2014); Sonci Kingery, *The Agricultural Iron Curtain: Ag-Gag Legislation and the Threat to Free Speech, Food Safety, and Animal Welfare*, 17 Drake J. Agric. L. 645 (2012).

<sup>123</sup> Anderson, *supra* note 108, at 55-56.

<sup>124</sup> Marceau, *supra* note 1, at 260.

animals, the cruelty laws may serve as a stopgap.<sup>125</sup>

To claim that the very legislative footholds that propelled the animal rights movement forward in the first place are serving to fossilize the movement now—and suggesting that the movement retaining one of its few footholds in animal agriculture is undermining its development—disregards the development of animal law in the United States and social movement theory generally. According to Anderson, regulations to protect the powerless, once enacted, become difficult to enforce, or start to erode with exceptions, until a new norm has been firmly established.<sup>126</sup> Regardless of the existence of anti-cruelty laws, the judges in animal rights impact litigation cases likely would not have ruled that certain animal do indeed have actual rights. Importantly, though, the fact that criminal anti-cruelty laws exist undoubtedly has served to increase society's perception of animals as beings deserving of some moral value.

The necessity of the animal protection movement to be able to create its own ethical narrative would be diminished if organizations withdrew from pursuing anti-cruelty laws within industrialized animal agriculture. While a movement struggles to develop, and luck into, a “perfect storm” of societal developments, taking away avenues of legal access would effectively demonstrate a preference of other social movements' asserted causes over the proposed animal ethical paradigm-shift. While such a preference is valid on a societal method, it is not valid in effect, as demonstrated, to or within the animal rights movement.

As an example of an overarching narrative of animal suffering in industrialized agriculture, consider how individual prosecutions may factor into consumer action which plays an incredibly important role in impacting animal agriculture.<sup>127</sup> Prosecutions have been criticized for advancing a regressive animal welfare notion of corporations using individual employees as scapegoats or “bad apples”. Pushing for or publicly celebrating successful charges or convictions against workers may not on its own avoid the “bad apple” argument by corporations. However, when criminal prosecutions are brought against a myriad of defendants from different corporations in different places across the country, the aggregate of these actions may begin to tell a different story to consumers. Indeed, it has been argued that, “[t]o consumers who have seen these videos again and again—there are no bad apples anymore. The bad apple, to the consumers now, is the industry.”<sup>128</sup>

Similarly, the light penalties and infrequent enforcement of anti-cruelty laws create the social message that animal cruelty is “marginally acceptable or a minor criminal infraction.”<sup>129</sup> It is posited that any system of criminal justice that purports to deter this behavior must seek to make the behavior socially unacceptable.<sup>130</sup> The individual deterrent abilities of these prosecutions on factory farm or slaughterhouse workers remains doubtful, but the effect of increasing the efficacy of anti-cruelty laws in this specific arena is likely incalculable. While the industrial animal agricultural system itself is likely the ideal target, removing any bla-

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> Anderson, *supra* note 108, at 33.

<sup>127</sup> See, e.g., “New Research Finds Vast Majority of Americans Concerned about Farm Animal Welfare,” ASPCA (July 7, 2016), <https://www.asPCA.org/about-us/press-releases/new-research-finds-vast-majority-americans-concerned-%20about-farm-animal> (noting a survey conducted for the ASPCA where 77% of consumers said that they are concerned about the welfare of animals raised for food); *Natural Food Labels Survey*, Consumer Reports National Research Center (Jan. 2016) (Consumer Reports' 2015 Natural Food Labels Survey found that better living conditions for farm animals is viewed as “very important” to 52% of consumers and “important” to an additions 32%); *U.S. Chicken Consumption Report*, National Chicken Council (July 2018) (finding that approximately three-quarters of respondents to a survey conducted said they were concerned about how chickens are raised for meat and bred to optimize meat production); “New Research Shows Major Global Supermarket Chains at Risk of Losing Customers over Poor Pig Welfare,” Cision PR Newswire (Apr. 17, 2018), <https://www.prnewswire.com/news-releases/new-research-shows-major-global-supermarket-chains-at-risk-of-losing-customers-over-poor-pig-welfare-300631690.html> (noting a survey commissioned by World Animal Protection in which 80% of U.S. consumers said they were concerned after learning about the treatment of factory-farmed pigs, and 89% of respondents said that supermarkets have a responsibility to source pork from higher welfare farms).

<sup>128</sup> This quote was written in a now-unavailable editorial, *Animal Welfare Cannot Break Down*, Feedstuffs (Sept. 28, 2009). While it has since been deleted from electronic archives, the Humane Society of the United States reported this quote in several articles between beginning in 2009. See, e.g., “More Video of Abused Calves at Vermont Slaughter Plant,” Humane Society of the United States (Nov. 2, 2009), [http://www.humanesociety.org/news/news/2009/11/veal\\_investigation\\_110209.html](http://www.humanesociety.org/news/news/2009/11/veal_investigation_110209.html).

<sup>129</sup> Livingston, *supra* note 59, at 61.

<sup>130</sup> *Id.*

me from individuals who engage in egregious cruelty likely fails at exploring the full narrative of an animal's plight in these facilities.

A criticism of the current strategies of the animal rights movement within factory farms cannot be adhered to without understanding the two distinct frameworks for understanding social movement actions. A criticism of the current strategies of the animal rights movement within factory farms cannot be adhered to without understanding the two distinct Criticism of pro-carceral animal law has valid empirical foundation. Criminal prosecution of anti-cruelty laws in factory farms and slaughterhouses based on undercover investigations undoubtedly forms part of the system of mass-incarceration in the United States. The demographics of workers—mostly Hispanic, increasingly undocumented, and impoverished—perpetuates the criminal justice system's unbalanced targeting of minorities and those of low socioeconomic class. Furthermore, criminal prosecutions do not have a strong enough empirical or even theoretical basis in the contention of a link between violence against animals and violence against humans. The strongest evidence connects slaughterhouse employment rates to increased rates of violent crime in a community, but such evidence can work against animal advocates by placing into doubt the culpability of factory farm or slaughterhouse workers who commit egregious act of cruelty.

While pro-carceral animal law likely cannot be justified by empirical or criminological bases, criticism of these criminal prosecutions asks the animal protection movement to place anthropocentric social movement concerns above the interests of animals in industrialized animal agriculture. While this balancing act certainly holds weight within the animal welfare movement, it does not reach the animal rights movement which, at its foundation, refuses to compromise the interests of animals over human interests.

In addition, the pursuit of criminal prosecutions holds a valid and important place in the development of the animal protection social movement. The prosecutions represent a foothold inside the walls of factory farms or slaughterhouses which was hitherto unavailable. These individual cases may also play into a greater, overarching narrative by the animal movement necessary to create a new societal moral norm. Thus, pro-carceral animal law is in tension with other human and criminal justice concerns, but animal rights philosophies and social movement development theory can justify criminal prosecutions in light of the overall goal of advancing animal conditions and treatment in industrialized agriculture.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Profissionais jurídicos e  
Acessibilidade na Justiça  
Restaurativa:** alternativa real ou  
mecanismo de controle? Reflexões  
desde a experiência de mediação  
penal no Chile

**Legal Professionals and  
Accessibility in Restorative  
Justice:** A real alternative or  
control mechanism? Reflections  
on the experience of penal  
mediation in Chile

Bianca Baracho

# **Profissionais jurídicos e Acessibilidade na Justiça Restaurativa: alternativa real ou mecanismo de controle? Reflexões desde a experiência de mediação penal no Chile\***

## **Legal Professionals and Accessibility in Restorative Justice: A real alternative or control mechanism? Reflections on the experience of penal mediation in Chile**

Bianca Baracho\*\*

### **Resumo**

Apesar das evidências de melhores condições para a reinserção social do ofensor e reparação do dano causado a vítima, a prática da Justiça Restaurativa ainda muito distante da teoria. Assumindo-a como um mecanismo de justiça, a *acessibilidade* é um importante princípio para um serviço de qualidade, resguardando seu potencial restaurativo. Este artigo explora as percepções dos operadores de uma experiência restaurativa no Chile -a qual se dá em um atual contexto de reformas processual e estrutural na justiça juvenil- sobre o próprio modelo implementado; e analisa o potencial papel que cumprem em relação a acessibilidade dos usuários ao programa. A metodologia é qualitativa, com entrevistas semiestruturadas a promotores e defensores envolvidos no processo de derivação. Foram analisadas de maneira descritiva, usando o método proposto pela Teoria Fundamentada. Os resultados sugerem que, ainda que reconheçam os benefícios, existem desafios na implementação -identificados a nível institucional, organizacional e individual- que limitam a promoção de maiores espaços de participação às partes, ignorando suas competências e necessidades, e se apresentam como aprendizagens para melhorar a metodologia. Reconhecendo o potencial da Justiça Restaurativa para repensar questões no sistema de justiça -como perceber o crime e responder com mais qualidade-, utiliza um marco psicossocial e um enfoque ecológico, instalando-se como uma primeira aproximação ao papel que cumprem esses profissionais jurídicos. Mesmo que em uma realidade sociocultural específica, é um antecedente importante para pensar nas possibilidades reais para a Justiça Restaurativa na região, e despertar o debate para futuras políticas públicas.

*Palavras-chave:* justiça restaurativa; acessibilidade; sistema de justiça penal; mediação penal; profissionais jurídicos; percepções; políticas públicas.

\* Recebido em 10/08/2019  
Aprovado em 11/12/2019

\*\* Pesquisadora e Assistente de Coordenação do Programa de Justiça Restaurativa e Paz Social. Coordenadora Acadêmica da pós-graduação em Justiça Restaurativa Juvenil. Escola de Trabalho Social, Pontifícia Universidade Católica de Chile. E-mail: bbaracho@uc.cl

## Abstract

Despite evidence of better conditions for the offender's social reintegration and victim's harm reparation, the practice of Restorative Justice is indebted to the theory. Assuming it as a mechanism of justice, accessibility in an appears important principle for a quality service offered, safeguarding its restorative potential.

This article explores operators' perceptions of an experience of restorative bases in Chile- which takes place in a current context of procedural and structural reforms in juvenile justice- about the model itself implemented; and analyze the potential role they play in the accessibility of potential users.

This is a qualitative study, applying semi-structured interviews to promoters and defenders involved in the derivation process. They were analyzed descriptively using the method proposed by the Grounded Theory.

The results suggest that, although professionals recognize the benefits, there are challenges -identified at institutional, organizational and individual levels- that limit the promotion of greater participation spaces for the parties, ignoring their competencies and needs, and present themselves as learning to improve the methodology.

Recognizing the potential of Restorative Justice to rethink questions of the justice system -how to perceive crime and respond with better quality-, it uses a psychosocial framework and an ecological approach, establishing itself as a first approximation to the role played by these professionals. Even in a specific sociocultural reality, it is an important antecedent to think about the possibilities for Restorative Justice in the region, arousing an important debate for future public policies.

**Keywords:** restorative justice; accessibility; criminal justice system; penal mediation; legal professionals; perceptions; public policy.

## 1 Introdução

Nos últimos anos, o Estado do Chile tem assumido um importante desafio como reflexo da obsolescência das regras que imperam para lidar com os conflitos e da canalização de seus efeitos por meio de vias formais. Dessa maneira, têm emergido, progressivamente, espaços férteis para integrar novos paradigmas, metodologias e ferramentas, contexto em que a Justiça Restaurativa (JR) firma precedente internacional importante e em constante progresso<sup>1</sup>.

Nas últimas décadas, houve a disseminação de práticas restaurativas em todo o continente latino-americano, através de experiências institucionalizadas, com legislações próprias, ou até mesmo com técnicas informais, tornando-se uma importante alternativa de *acesso à justiça*<sup>2</sup>. Em uma região caracterizada por apresentar certa aversão e desconfiança ao funcionamento da justiça penal, “a necessidade de reduzir a população penitenciárias, aumentar a transparência na administração da justiça e aliviar a sobrecarga no sistema de justiça” são elementos que parecem impulsionar essa reforma no sistema<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DÍAZ, A.; NAVARRO, Iván. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*, 2015. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, Santiago. Documento interno.

<sup>2</sup> BOLÍVAR, Daniela; BRANCHER, L.; NAVARRO, Ivan; VEGA, M. Conferencing in South America as an exercise of democracy? Na exploration of the ‘vertical’ role of restorative justice. In ZINSSTAG, Estela; VANFRAECHEM, I. *Conferencing and Restorative Justice: International practices and perspectives*. Inglaterra: Oxford University Press, 2012, p. 153-170.

<sup>3</sup> PARKER, L. The Use of Restorative Practices in Latin America. Paper presented at the Third International Conference on Conferencing, Circles, and other Restorative Practices, “Dreaming of a New Reality”, 2012. Disponível em: <http://restorativejustice.org/10fulltext/parker-lynette.-the-use-of-restorative-practices-in-latin-america.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017

Especialmente no Chile, esse processo tem sido lento e paulatino, tratando-se de um fenômeno em constante crescimento. Nesse sentido, este trabalho apresenta antecedentes que permitam vislumbrar alguns desafios à implementação da JR, comuns a outras latitudes. As experiências em outros países demonstram a dificuldade de iniciar programas de JR, principalmente em um contexto jurídico social assentado na filosofia retributiva<sup>4</sup>.

A literatura reconhece que, para se alcançarem resultados restaurativos, devem-se respeitar os padrões de boas práticas, os quais funcionam como guia valorativo, técnico e ético. Dentre os mais importantes, estão a voluntariedade na participação, confidencialidade do processo e neutralidade dos profissionais<sup>5</sup>. Nesse estudo, entendendo a JR como um *mecanismo de justiça* adequado e democrático, a *acessibilidade* se incorpora como um importante padrão de qualidade de um serviço e se define como: aqueles fatores que impedem ou ajudam as partes a chegar a um procedimento restaurativo, obstaculizando ou favorecendo as derivações dos potenciais usuários.<sup>6</sup>

Considerando-se a especificidade de conceituar a JR, principalmente o contexto nacional presente, este trabalho se interessa em conhecer como os operadores da experiência implementada no Chile representam esse conceito e, então, como atuam frente a ele, para entender as influências na acessibilidade a esses procedimentos. Assim, o estudo pretende uma reflexão em torno do fenômeno expressado durante a implementação da prática restaurativa de mediação penal, no contexto do sistema penal juvenil, por meio da análise da interação entre promotores e defensores na derivação de casos.

A mediação é uma estratégia colaborativa para resolver conflitos em distintos contextos (familiar, laboral, escolar, socioambiental etc.). O presente estudo se posiciona em coerência ao entendimento pacificado de que, no contexto penal, adota-se um caráter específico determinado por certos princípios. A mediação penal se assume como estratégia de intervenção da JR que busca o êxito em acordos, mas também impescinde do processo, da participação ativa das partes e da reparação do dano.<sup>7</sup>

O presente conteúdo compartilhado faz parte de um estudo maior que teve como intenção principal fazer um acompanhamento acadêmico do primeiro ano de implementação do chamado Estudo Prático (2017), aplicado na cidade de Santiago. A finalidade foi assessorar esse processo, monitorá-lo e avaliá-lo<sup>8</sup>. O presente artigo se desmembra como um sub-estudo, traçando como objetivo explorar as percepções dos profissionais sobre o próprio modelo restaurativo implementado no programa, e analisar o potencial papel que estas cumprem na acessibilidade dos potenciais usuários.

Para esse efeito, o estudo ocupou o tipo de investigação qualitativa-descritiva<sup>9</sup>, aplicando como técnica para coleta de informações 10 entrevistas semiestruturadas focalizada a 8 profissionais, divididas em dois tempos distintos de implementação (5 entrevistas no 1º semestre de 2017 e 5 no 2º semestre do ano). Esses atores foram selecionados intencionalmente, pois ocupam um rol ativo no “processo de derivação” (que envolve cronologicamente desde a identificação, passando pela seleção do caso, até um possível envio ao Centro de Mediação). Os dados qualitativos das entrevistas foram analisados de maneira descritiva, usando o método de codificação aberta e axial proposto pela Teoria Fundamentada (*grounded theory*), com a ajuda do software NVivo<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2006). *Manual sobre programas de justiça restaurativa*, 2006. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf). Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>6</sup> LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>7</sup> UMBRETT, M. *The handbook of victim-offender mediation. An essential guide to practice and research*. San Francisco: Jossey Bass, 2001.

<sup>8</sup> BOLÍVAR, Daniela; RAMIREZ, Angélica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNANDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

<sup>9</sup> KRAUSE, M. La investigación cualitativa: Un campo de posibilidades y desafíos. *Temas de Educación*, v. 7, p. 19-39, 1995.

<sup>10</sup> CHARMAZ, K. *Constructing grounded theory*. London: Sage, 2006.

## 2 A Justiça Restaurativa e o atual processo de implementação no Chile

Com a entrada em vigência da Lei nº 20.084/07, Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes (LRPA), houve uma transição de um sistema tutelar para um adversarial. As avaliações sobre sua implementação demonstram ser necessário introduzir melhorias estruturais relativas à maneira em que o Estado reage às infrações cometidas por jovens entre 14 e 18 anos. Esses problemas derivam no:

- não cumprimento, eficazmente, do objetivo de responsabilização estabelecido no artigo 20 da LRPA, diante da ineficiência das sanções para lograr fazer parte de uma intervenção socioeducativa ampla, orientada a plena inserção social;
- tampouco se estaria respeitando princípios do direito internacional dos direitos humanos, estabelecidos na própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>11</sup>, e em outros instrumentos.

Em concreto, apresenta problemas desde a implementação até o próprio desenho do modelo legal e institucional que adotou, reconhecendo-se: uma baixa utilização das saídas alternativas e, em contrapartida, um expressivo uso da pena de privação de liberdade; uma nula participação das vítimas no processo, com falta de capacitação e especialização dos profissionais; falta de condições e ofertas programáticas nos recintos em que se cumprem as penas de privação de liberdade; entre outros<sup>12</sup>.

Com base nesses antecedentes, abre-se um espaço importante para uma reforma no sistema penal juvenil chileno, que oportuniza uma reflexão acerca da maneira como a sociedade está reagindo às infrações penais cometidas por adolescentes, e das condições que se conhece e julga um ilícito para reintegrá-los à sociedade. Em 2015, o Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Chile (MJYDH) liderou o debate sobre as reformas legais necessárias à questionada LRPA e, por meio de mesas que trabalharam em forma paralela, discutiram diferentes temáticas, como a mediação penal.

Para levar adiante a reflexão mencionada, têm-se desenvolvido no Chile diversas ações por parte de distintos atores. Uma das mais destacadas consiste no denominado Estudo Prático (EP) de mediação penal, implementado pelo MJYDH, que consiste em testar critérios e metodologias de um modelo de justiça restaurativa juvenil para o Chile, permitindo orientar o debate e a discussão. Especificamente, trata da incorporação de um futuro Programa Nacional de Mediação Penal Juvenil no contexto das reformas à LRPA, especificamente dentro do novo Serviço Nacional de Reinserção Social Juvenil.

Como resposta concreta às dificuldades detectadas para promoção dos direitos de jovens no Chile, o novo Serviço Nacional de Reinserção Social Juvenil é um projeto de lei que tramita desde 2017 e visa introduzir modificações relevantes à LRPA, estipulando políticas setoriais e programas que contribuam com a intervenção, reabilitação e reinserção social de jovens em conflito com a lei<sup>13</sup>. Uma das diretrizes do novo Serviço é a JR, que representa um grande avanço por incluir a mediação penal como nova via de saída alternativa ao processo (ao lado das outras figuras jurídicas chamados acordos reparatórios e da suspensão condicional do procedimento), promovendo uma melhor qualidade da resposta estatal aos jovens em conflito com a lei:

para a compreensão da conduta infratora de lei, o modelo proposto assume uma postura teórica da criminologia evolutiva e do ciclo vital. Assim, a delinquência juvenil se entende como um aspecto da trajetória vital que deve compreender-se e tratar-se de forma especializada com miras a promoção do desenvolvimento do capital humano e social. São consistentes com esta postura as práticas derivadas

<sup>11</sup> Consultar princípios gerais da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: princípio da não discriminação (Artigo 2), interesse superior da criança (Artigo 3), da supervivência (Artigo 6), participação (Artigo 12),

<sup>12</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2014). Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: Evaluación de la aplicación de la Ley N° 20.084 (2014). Boletín N° S 1.555-14.

<sup>13</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2017). Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (2017). Boletín 11174-07.

da perspectiva da desistência criminal, psicoeducação, *justiça restaurativa*, entre outras (Tradução livre)<sup>14</sup>.

O referido EP, implementado a partir de 2017, com funcionamento até a data de realização dessa investigação, estabelece um compromisso juntamente ao Ministério Público e à Defensoria Penal Pública por meio de um Convênio de colaboração para a derivação de casos. A experiência instiga especial interesse por parte do foro, diante dos significativos resultados alcançados até o momento, sendo o espaço central de reflexão neste estudo. É a primeira vez que se define uma cobertura que promove o acesso à mediação penal de casos de maior relevância, comparado às experiências anteriores, definindo-se um modelo de gestão, e que estabelece:

o Ministério de Justiça tem proposto a implementação de um Estudo prático de mediação penal juvenil, com o objetivo de desenvolver uma fórmula alternativa de resolução de conflitos que permita promover o processo de responsabilização dos ofensores adolescentes e favorecer a reparação do dano provocado às vítimas desses delitos, em concordância tanto com os fins do sistema penal adolescente previstos na Lei 20.084 e da Convenção sobre os Direitos da Criança, como os de reparação às vítimas, previstos no Código Processual Penal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Tradução livre)<sup>15</sup>.

### 3 Definindo Justiça Restaurativa

É imprescindível compreender que a JR não se encerra em um conceito único — entendida como um paradigma, uma teoria, ou um conjunto de processos e resultados —, com uma definição que está em constante debate, em que existem determinados supostos centrais acordados pelos estudiosos<sup>16</sup>:

- (1) assume que não só a vítima, mas também o ofensor e a comunidade são afetados pelo comportamento conflitivo;
- (2) é essencial envolver tanto o/a ofensor/a como a vítima na solução dos efeitos causados pelo conflito;
- (3) os indivíduos têm a capacidade e os recursos para enfrentar e resolver diretamente o conflito.

Assim como no Direito Penal, a JR considera a dimensão social do conflito. Mas, com base nesse enfoque, o dano que é causado à sociedade poderia ser secundário àquele causado à vítima, e o conflito é entendido como um ato danoso contra as pessoas e as relações interpessoais (não contra o Estado), o que leva a obrigações, com destaque maior para a reparação do dano causado<sup>17</sup>. Fundamentalmente, esse entendimento do conflito e a maneira como a JR decide abordá-lo implicam uma sensação de finalização do processo, um avanço ao futuro, juntamente a um trabalho desenvolvido no âmbito moral, e o fomento da percepção pró-social da pessoa.

<sup>14</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2017). Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (2017). Boletín 11174-07, p. 4

<sup>15</sup> BOLÍVAR, Daniela; RAMIREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNANDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

<sup>16</sup> CHRISTIE, N. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977  
MARSHALL, T. *Restorative Justice: An Overview*. London: Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999.  
MCCOLD, P.; WACHTEL, B. Restorative justice theory validation. In WEITEKAMP, E.; KERNER, H. J. *Restorative justice theoretical foundations*. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2002, p. 110-142

WALGRAVE, L. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

ZEHR, H. *Changing lenses: A new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, PA, 2005.

<sup>17</sup> AERTSEN, Ivo; MACKAY, R.; PELIKAN, C.; WILLEMSSENS, J.; WRIGHT, M. *Rebuilding community connections: mediation and restorative justice in Europe*. Strasbourg: Council of Europe, 2004.

BOLÍVAR, D. Deconstructing Empowerment in Restorative Justice. In AERTSEN, Ivo; PALI, B. *Critical Restorative Justice*. Portland, USA: Hart Publishing, 2017, p. 29-46.

ZEHR, H. *Changing lenses: A new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, PA, 2005.

A JR surge como um movimento em resposta à insatisfação e frustração com as respostas ao delito do sistema de justiça formal retributivo, particularmente a sua pouca capacidade de responder às necessidades da vítima, seu efeito estigmatizador em relação ao ofensor, sua pouca consideração de fatores sociais e culturais no processo, e seu mecanismo de marginalizar e desempoderar, ao invés de incluir os principais afetados pelo delito<sup>18</sup>. Em nível internacional, observava-se um movimento dos sistemas penais de adequação à constatação de que a imposição da pena, o surgimento de novas categorias penais e o próprio sistema penitenciário não diminuem o delito e tampouco reabilitam o ofensor<sup>19</sup>.

A JR tem distintas formas de aplicação, com destaque para a mediação entre vítima e ofensor, também chamada *mediação penal*, ou na forma de conferências, círculos ou painéis restaurativos. Em geral, não há modelo definitivo que seja mais efetivo em todos os casos, variando de acordo com cada pessoa. Os resultados esperados, dentro de um processo restaurativo que respeita às boas práticas e resguarda a qualidade, são: (1) uma maior participação e satisfação dos participantes com o processo de justiça e seu resultado; e (2) a disposição de um espaço onde se promove condições associadas aos processos de desistência criminal do ofensor e à reinserção social, além da reparação do dano a vítima<sup>20</sup>.

Com relação à vinculação com a justiça penal, seus programas podem associar-se de distintas formas, implementando-se tanto na etapa pré-sentença como na post-sentença, além de oferecer processos pré-sentença que terminem em recomendações de sentença. A JR pode ser aplicada fora do sistema, como alternativa à resposta formal do sistema de justiça e, ademais, pode ser parte de um programa formal de diversificação, como acontece na Espanha, Portugal, Finlândia e Áustria. Por último, pode ser aplicada de forma integrada à resposta do sistema penal, como um serviço complementar ao procedimento penal, em que o acordo pode ser levado em consideração pelo juiz, o que sucede, usualmente, em casos graves, como na Bélgica, Holanda, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia.

Essencialmente, à luz da perspectiva de administração da justiça, a mediação no contexto penal é percebida como uma solução alternativa ao conflito por meio da qual as partes estabelecem um acordo reparatório, visando evitar a judicialização do conflito. Por outro lado, a mediação penal restaurativa juvenil não se satisfaz em conseguir um acordo entre os afetados e deve ser entendida, principalmente, como uma metodologia de intervenção sobre o fenômeno infracional juvenil<sup>21</sup>. Dentro de um modelo equilibrado, deve considerar os direitos, necessidades e interesses tanto da pessoa que sofreu a ofensa, como do jovem causador do dano e da comunidade.

<sup>18</sup> BOLÍVAR, D.; RAMIREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNANDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

GONZÁLEZ, I.; FUENTEALBA, M. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 4, n. 3, p. 175-210, 2013.

<sup>19</sup> BRAITHWAITE, J. Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. *Crime and Justice*, v. 25, p. 1-127, 1999.

COHEN, R. L. Provocations of restorative justice. *Social Justice Research*, v. 14, p. 209-232, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2006). *Manual sobre programas de justiça restaurativa*, 2006. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf). Acesso em: 15 mar. 2017.

VARONA, Gema. *La mediación reparadora como estrategia del control social, una perspectiva criminológica*. Granada: Editorial Comares, 1998.

<sup>20</sup> FORUM EUROPEU DE JUSTIÇA RESTAURATIVA (2018). *Connecting People to Restore Just Relations: Practice Guide on Values and Standards for restorative justice practices*, 2018. Disponível em <http://www.euforumj.org/wp-content/uploads/2018/11/EFRJ-Values-and-Standards-manual-to-print-24pp.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>21</sup> CHAPMAN, Tim; GELLIN, M.; AERTSEN, Ivo; ANDERSON, M. *Protecting Rights, Restoring Respect and Strengthening Relationships: A European Model for Restorative Justice with Children and Young People (Volume II)*, 2015. Disponível em: [http://www.ejc.org/sites/default/files/volii-eumodel\\_europeanresearchonrestorativejuvenilejustice.pdf](http://www.ejc.org/sites/default/files/volii-eumodel_europeanresearchonrestorativejuvenilejustice.pdf). Acesso em: 10 de marzo de 2018.

OLALDE ALTAREJOS, Alberto José. 40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal. Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

### 3.1 A Justiça Restaurativa como um mecanismo de justiça

Se, por um lado, a JR foi originalmente identificada como um paradigma alternativo de justiça (que se opõe ao sistema retributivo tradicional), na atualidade, tem sido definida como um mecanismo inovador de justiça<sup>22</sup>. Assim, a JR assume um caráter complementar à justiça penal (em vez de substituí-la), permitindo a resolução de várias limitações do sistema por meio de um modelo participativo e inclusivo, e de um procedimento flexível e adequado.

No debate sobre Justiça dentro de um contexto democrático, a justiça social como conceito expõe bens tais que, desde um enfoque extensivo, permite entendê-la como: um tipo de “procedimento” ou “processo” participativo que se converte numa ferramenta para lograr o reconhecimento político<sup>23</sup>. Nesse sentido, oferece um importante ponto de partida dentro da discussão, a partir de onde a participação em um Estado democrático deve ser resguardada como direito, e não como condição ou favor.

Sobre as experiências dentro do sistema judicial, as evidências empíricas que baseiam a Justiça Procedimental apontam que a percepção das pessoas sobre um processo justo independe do resultado, estando mais relacionada à validação por meio do diálogo e controle do processo<sup>24</sup>. Além disso, ajuda a entender o rol significativo de atitudes, crenças e comportamentos das autoridades na conformação da sensação de equidade dos participantes (Correa, 2010), estabelecendo-se como um importante valor orientador da prática. Nesse sentido, a promoção de espaços de participação nos processos jurídicos deve apresentar-se como uma maneira de dar uma oportunidade aos usuários do sistema judicial, tanto para a reintegração social como para a reparação do dano, não como uma ferramenta de controle.

Adotar o enfoque restaurativo implica devolver o conflito àqueles que foram afetados por ele, considerando a participação ativa da vítima, do ofensor e da comunidade para identificação, definição, análise e construção de maneiras de repará-lo<sup>25</sup>. Esperando impactar o sistema de justiça, a dinâmica de comunicação vertical é substituída por uma horizontal, em que as decisões das autoridades judiciais dão espaço para as decisões das partes, tornando-se uma verdadeira experiência de empoderamento<sup>26</sup>.

Ainda que oferecer espaço para a participação indica uma disposição das autoridades em considerar a sociedade civil, o empoderamento permitirá às pessoas iniciar as mudanças necessárias, e transformar a relação entre comunidade e sistema judicial na sua globalidade<sup>27</sup>. É possível identificar a JR como um mecanismo de justiça que ajuda a construir um espaço de microdemocracia dentro do sistema penal: se, por um lado, esse tipo de serviço depende da qualidade das instituições democráticas, por outro, pode ajudar a aperfeiçoar os valores democráticos das instituições.

<sup>22</sup> DALY, K. Restorative justice and sexual assault: Na archival study of court and conference cases. *British Journal of Criminology*, v. 46, p. 334-356, 2006.

<sup>23</sup> LEE, C. C. *Social justice: A moral imperative for counselors*. Alexandria: American Counseling Association, 2007.

RICONDO, T. P. (2015). *El nuevo reto del feminismo reivindicaciones de justicia en un marco global. 2015*. Tesis Doutorado, Universidad de Oviedo, España.

TORRECILLA, F.; CASTILLA, R. Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, v. 9, n. 4, 2011.

<sup>24</sup> LIND, A.; TYLER, T. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum Press, 1998.

VAN CAMP, T., & WEMMERS, J-A. (2013). Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice. *International Review of Victimology*, v. 19, n. 2, p. 117-143, 2013.

<sup>25</sup> CHRISTIE, N. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

<sup>26</sup> AERTSEN, Ivo. The intermediate position of restorative justice: The case of Belgium. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, T.; ROBERT; L. *Institutionalizing restorative justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2006. p. 68-92.

<sup>27</sup> ZIMMERMAN, M (2000). Empowerment Theory: Psychological, Organizational and Community Levels of Analysis. In RAPPAPORT, J.; SEIDMAN, E. *Handbook of Community Psychology*. New York: Kluwer Academic, 2000.

RAPPAPORT, J. Terms of empowerment/exemplars of prevention: toward a theory for community psychology. *American Journal of Community Psychology*, v. 15, p. 121-148, 1987.

## 4 Acessibilidade e Justiça Restaurativa

O acesso à justiça se refere às possibilidades das pessoas, sem distinção, de obter uma resposta satisfatória às suas necessidades jurídicas<sup>28</sup>. Tal conceito tem se expandido e se interdisciplinarizado, evoluindo desde uma dimensão mais reducionista e institucionalizada (de acesso ao judiciário), até assumir uma visão mais integral. Nesse sentido, o acesso à justiça é entendido, ao mesmo tempo, como um objetivo e um meio para a transformação das relações de poder, reforçando-o como um direito humano fundamental<sup>29</sup>.

Para se pensar em uma estratégia estatal nessa direção, é possível identificar três pilares centrais de uma política de acesso à justiça<sup>30</sup>: (1) ampliação da cobertura estatal; (2) incorporação de mecanismos comunitários de resolução de conflitos ao sistema de justiça e (3) enfoque das políticas públicas nos grupos mais vulneráveis e desprotegidos da sociedade, capazes de dar respostas, com imparcialidade e integridade, às demandas.

Nesse sentido, as práticas restaurativas são pautadas por uma lógica absolutamente condizente com os princípios democráticos. A partir da perspectiva de direito, deve estar disponível a cada vítima e ofensor, ao menos em termos de acesso à informação e a possibilidade de propor o procedimento a outra parte. Ou seja, além de uma medida judicial, devem ser disponibilizadas como um serviço à cidadania.

No que tange às práticas restaurativas propriamente, estas adotam um enfoque de competência das partes, centrando-se em seus recursos, e reconhecendo a diversidade das necessidades<sup>31</sup>. Portanto, abre-se um espaço para contribuições importantes na medida em que poderia tratar um maior número de situações que o atual direito penal, distanciando-se de uma resposta padronizada aos conflitos. Fomenta, assim, a construção de um espaço integral, necessário e seguro para os participantes darem seguimento ao processo, permitindo que, no lugar de limitar a participação, seja disponibilizada a possibilidade dos potenciais usuários elegê-lo<sup>32</sup>.

Como um mecanismo de justiça, a acessibilidade se posiciona como um importante padrão de qualidade de um serviço de JR, no sentido de resguardar e possibilitar a promoção de um espaço genuíno de participação, como uma legítima fonte de empoderamento e de “justiça procedimental”. O risco maior consiste no fato de que os conflitos sigam sendo furtados das partes, fortalecendo a injustiça social e, nesse sentido, contribui para que as autoridades jurídico-normativas e as instituições de derivação tomem consciência dessa importância<sup>33</sup>.

### 4.1 Desafios impostos à acessibilidade num serviço de Justiça Restaurativa

A literatura especializada aponta que, mesmo que os programas e estratégias de intervenção da JR venha crescendo substancialmente, seu impacto no sistema de justiça, em muitas jurisdições, continua marginali-

<sup>28</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*, 2005. Instituto Disponível em: [http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual\\_de\\_Políticas\\_Públicas\\_Para\\_El\\_Acceso\\_A\\_La\\_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual_de_Políticas_Públicas_Para_El_Acceso_A_La_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 mar. 17.

<sup>29</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Acceso a la justicia: Reformas judiciales y acceso a la justicia*, 2013. Disponível em: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

<sup>30</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*, 2005. Instituto Disponível em: [http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual\\_de\\_Políticas\\_Públicas\\_Para\\_El\\_Acceso\\_A\\_La\\_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual_de_Políticas_Públicas_Para_El_Acceso_A_La_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 mar. 17.

LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>31</sup> ZEHR, H. *Changing lenses: A new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, PA, 2005.

<sup>32</sup> BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.

<sup>33</sup> BOLÍVAR, Daniela; AERTSEN, I.; VANFRAECHEM, I. *Victims and Restorative Justice: An Empirical Study of the Needs, Experience, and Position of the Victim within Restorative Justice Practices*. Leuven: European Forum for Restorative Justice, 2013.

zado e potencialmente obstaculizado. Assim, ainda que se reconheça a alta qualidade dos seus resultados, recebem poucos casos em relação ao número total que ingressa no sistema de justiça<sup>34</sup>. Experiências internacionais indicam problemas relacionados à acessibilidade, identificando que a JR tem se constituído como um “mecanismo de diversificação”<sup>35</sup>: concentrando-se em delitos menores, processos mais rápidos e, principalmente, centrados no resultado, cuja compensação econômica emerge nas discussões com mais frequência que as consequências emocionais do crime<sup>36</sup>.

Esses tipos de programas parecem haver se convertido não necessariamente como uma real “alternativa”, senão como programas que expandem o sistema já existente e a rede de controle social, além de atrair novas populações<sup>37</sup>. Nesse sentido, é possível problematizar o real empoderamento nos procedimentos restaurativos dentro da justiça, o qual somente pode ser logrado quando é “oferecido”. De maneira deficiente, esse espaço de participação é ocupado somente por aqueles que há interesse em dar voz e que se permite escutar<sup>38</sup>. Uma aplicação condicionada dos processos (com base em critérios formulados pela lei ou pelos próprios órgãos de derivação, até critérios pessoais e subjetivos) põe em risco o princípio e a prática da JR, possibilitando ao sistema seguir controlando o alcance do paradigma<sup>39</sup>:

- asseguram-se certos resultados (“positivos”) à prática (o que poderia ser lógico desde uma perspectiva de política pública) para alcançar altas taxas de êxito (e, portanto, rechaçar casos difíceis), até mesmo dando forma às experiências vividas;
- e se limitam novos aportes da metodologia, quando não consegue receber uma clientela mais ampla em termos de motivações, emoções e expectativas.

O resultado é que os infratores de “baixo risco”, que, de outro modo, não tinham sido processados num procedimento formal, são “desviados” dos meios oficiais e os conflitos são, seletivamente, elegidos (na sua maioria os de menor potencial ofensivo), usando o programa como uma alternativa profissional de apoio ao sistema formal de justiça. Ao mesmo tempo, mantém um controle sobre os (tipos de) casos e (perfil de) ofensores que são delegados a outros operadores (situados numa posição inferior de hierarquia). Assim, o profissional de direito não deixa de oficializar e judicializar esses casos.

<sup>34</sup> LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

UMBREIT, M. *How to Increase Referrals to Victim-Offender Mediation Programs*. University of Waterloo: The Fund for Dispute Resolution, 1993.

<sup>35</sup> “Diversificação” é a canalização condicional dos ofensores da lei para fora dos procedimentos judiciais através do desenvolvimento e implementação de procedimentos, estruturas e programas que permitem que muitos sejam tratados por órgãos não judiciais, evitando assim os efeitos negativos dos procedimentos judiciais formais e antecedentes penais. É importante destacar que este “mecanismo” não utiliza automaticamente um enfoque restaurativo, mas podem ser compatíveis.

<sup>36</sup> DIGNAN, J. Repairing the damage: Can Reparation be Made to Work in the Service of Diversion? *The British Journal of Criminology*, v. 32, n. 4, p. 453-472, 1992.

LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.

<sup>37</sup> GRIFFIN, D. (2005). *Restorative Justice, Diversion and Social Control: Potential Problems*. Paper apresentado em *National Conference on Young People and crime: Research, Policy and Practice at the Centre for Social and Educational Research*. Dublin: Dublin Institute of Technology, 2015.

<sup>38</sup> BOLÍVAR, D. Deconstructing Empowerment in Restorative Justice. In AERTSEN, Ivo; PALI, B. *Critical Restorative Justice*. Portland, USA: Hart Publishing, 2017, p. 29-46.

<sup>39</sup> BOLÍVAR, D. Deconstructing Empowerment in Restorative Justice. In AERTSEN, Ivo; PALI, B. *Critical Restorative Justice*. Portland, USA: Hart Publishing, 2017, p. 29-46.

## 5 A acessibilidade na experiência chilena

O objeto de estudo é, precisamente, o EP que, apesar de assumir um caráter piloto dentro do sistema penal juvenil no Chile, servirá para explicar um ideal restaurativo como mecanismo de justiça para resolver conflitos, com base na experiência chilena e suas aprendizagens. Este estudo considera como uma atual necessidade o empoderamento do serviço de JR, entendendo como “organização empoderadora” aquela que promove espaços de participação na tomada de decisões, e que admite compartilhar responsabilidades e liderança<sup>40</sup>. O ideal é que possa comunicar-se com a estrutura (sistema de justiça penal, políticos etc.) sobre as perspectivas das vítimas e dos ofensores resgatadas por meio da prática, provocando as estruturas gerais e propondo mudanças mais eficazes nas formas de tratar o conflito. O desafio é que as novas práticas não sejam colonizadas por outras já consolidadas, como espaços desprestigiados de igual reprodução da lógica vigente, com o risco de perder suas propostas inovadoras<sup>41</sup>.

Em relação aos participantes nesse estudo, intitulados de “corpo institucional derivador”, foram incorporados aqueles 8 atores envolvidos nos três níveis de gestão do piloto, para os quais se desenvolveram 3 pautas de entrevistas com ênfases específicas (ver Tabela 1). Assim como estabelece o Convênio, as instituições responsáveis pela execução operativa foram: o Ministério Público, a chamada Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte (FRCN), e a Defensoria Penal Pública Norte (DPPN). Os atores do nível de gestão estratégico são membros do Ministério Público em nível nacional, a chamada Fiscalía Nacional, e a Defensoria Nacional, os quais estabeleceram as diretrizes de trabalho interno de cada instituição (e também do EP, já que compuseram a mesa responsável pelo Convênio).

Tabela 1 – atores e função ocupada no processo de derivação dentro dos níveis de gestão do programa

Nível de gestão	Ênfases do trabalho de campo	Participantes
Estratégico	Diretrizes institucionais e o Convênio: marco nacional do EP	– 1 membro da Fiscalía Nacional – 1 membro da Defensoria Nacional
Coordenação	Seleção dos casos dentro do processo de derivação e coordenação intra e interinstitucional do EP	– 1 membro da Fiscalía Regional Centro Norte – 2 membros da Defensoria Penal Pública Norte
Operativo	Identificação dos casos	– 1 Fiscal regional – 2 Defensores regionais juvenil

Fonte: elaboração própria.

O processo de derivação finaliza com o envio ou não do caso ao Centro de Mediação, tendo como condição pendente a anuência de ambas instituições (FRCN e DPPN). A coordenação desse trabalho é mediada pela equipe do MJYDH, como ente externo e independente. Ainda que tenha ocupado uma função ativa nesse processo, o MJYDH se estabeleceu com um objetivo claro de resguardar as bases do Convênio e garantir maior abertura de casos, no sentido de impulsionar, politicamente, o EP. Por isso, para o objetivo deste estudo, o MJYDH teve uma participação mais tangencial, já que a discricionariedade dos primeiros filtros no processo de derivação ficou a cargo de promotores e defensores.

<sup>40</sup> BOLÍVAR, D. Deconstructing Empowerment in Restorative Justice. In AERTSEN, Ivo; PALI, B. *Critical Restorative Justice*. Portland, USA: Hart Publishing, 2017, p. 29-46.

ZIMMERMAN, M (2000). Empowerment Theory: Psychological, Organizational and Community Levels of Analysis. In RAPPAPORT, J.; SEIDMAN, E. *Handbook of Community Psychology*. New York: Kluwer Academic, 2000.

<sup>41</sup> TONCHE, J. Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal? *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 1, 2016.

## 5.1 A percepção dos operadores sobre a experiência

Em relação ao alcance metodológico do presente estudo, existem algumas relevantes limitações próprias do EP. Assumindo um carácter pioneiro e experimental no levantamento de evidências, é possível entender o (limitado) espaço institucional para sua implementação, o (reduzido) número de atores envolvidos na sua execução e o nível de aproximação (prática e teórica) que apresentam em relação ao EP. Esse entendimento indica que houve um processo de “autosseleção” da amostra, ou seja, daqueles atores específicos que derivaram algum caso (excluindo todos os outros promotores e defensores que poderiam, mas em nenhum momento, decidiram derivar). Portanto, esse estudo entende que pôde contar somente com aqueles profissionais que, por alguma razão, acreditavam conhecer a JR.

Os principais resultados foram divididos em duas seções: 1) consciência acerca da JR e mediação penal; 2) considerações sobre o EP e elementos que (des) constroem confiança.

### 5.1.1 Consciência acerca da Justiça Restaurativa e mediação penal

O corpo derivador apresenta um entendimento confuso sobre a JR ao entender que a mediação penal ocupa uma função que o sistema penal não demandava, já que existem outras saídas judiciais alternativas semelhantes. Visualizam o “bom resultado” como elemento comparativo, mas negligenciam o espaço de participação *ativa* das partes (na identificação, definição e construção de maneiras para satisfazer suas necessidades diante do dano), especialmente da vítima, sendo possível na mediação, mas ausente nas outras saídas dispostas. Sem questionar a qualidade dessas respostas aos conflitos, são caracterizadas por um protagonismo do Estado, que mantém o controle sobre o processo e o resultado. Nesse sentido, o corpo derivador demonstra não ter consciência de toda a restrição que sua própria prática impõe, constantemente, ao empoderamento, nos termos do processo participativo e do dano causado: essencialmente, ao engajando da vítima, ofensor e comunidade nos seus próprios processos de reparação/ressocialização.

O Ministério Público entende que a mediação não impõe sanção ao ofensor, tendo um impacto institucional nulo, adotando uma perspectiva relacionada com uma lógica retributivo. Expressam que o próprio mandato legal indica o dever de “perseguir o delito, comprovar sua existência, identificar o autor e buscar condenação” (entrevistado da FRCN), o que é ratificado pela “meta institucional” a cumprir (que é determinada pela quantidade de sentenças que se consegue alcançar no tribunal). Nesse contexto, é precisamente o nível operativo, responsável por identificar casos, que vive uma maior pressão institucional para alcançar bons números estatísticos, e cumprir outras metas institucionais e processuais (tempo razoável de resposta ao conflito etc.), instalando entre eles uma maior dificuldade de “perder” casos para a mediação.

O Ministério Público entende que, para participar da mediação, é necessário ter capacidade de ceder, de resignação, e a Defensoria entende como um processo em que se parte da base de que a vítima vai para recriar o ofensor. Identifica-se uma visão limitada que parece oriunda de uma perspectiva fundamentalmente retributiva com relação a lógica do funcionamento do sistema penal. Em especial, estabelece-se o desafio de, juntamente ao corpo derivador, promover um real debate acerca dos conceitos de vitimização criminal e de responsabilização *ativa* dos ofensores como processos subjetivos, e como esses podem se relacionar.

Os limitados tempos institucionais designados para dar uma resposta judicial ao conflito aparecem nas entrevistas como uma característica que restringe um ambiente para a mediação, tanto em nível instrumental de trabalho como de entendimento do modelo restaurativo. Entender a subjetividade dos processos implica compreender a relevância que se deve dar ao processo, momento quando as partes buscam a resolução para o conflito, com base nas suas necessidades, expectativas e possibilidades. Implica, também, a consciência de que (principalmente para as vítimas) seus tempos não necessariamente se relacionam com os tempos do sistema judicial<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> LAUWAERT, K. Victims and restorative justice in criminal justice policy at the European level. In AERTSEN, Ivo; VAN-

Também é possível observar alguns elementos que emergem das crenças pessoais do corpo derivador, tornando mais complexa a derivação de casos, com a exclusão *a priori* de casos específicos. Ainda que os profissionais entendem que a mediação deveria estar disponível em todo nível (para jovens e para adultos), negam que deveria estar para todo tipo de casos, especialmente em relação aos de maior gravidade.

Nesse sentido, o corpo derivador tem presente os inúmeros benefícios da mediação, em distintos níveis (jurídico, institucional e social), resgatando uma consciência sobre as debilidades do sistema penal frente a proposta da JR. A respeito do EP, foi possível demonstrar que a mediação é uma solução de qualidade, capaz de responder, da melhor maneira, as necessidades dos usuários em comparação ao sistema penal tradicional.

Por outro lado, mantém como um critério objetivo durante a identificação e seleção do caso uma perspectiva diretamente relacionada à judicialização dos casos. Entre o corpo derivador, prevalece a ideia de que a mediação é uma oportunidade para desafogar o trabalho institucional, desviando daí “casos que não deveriam passar por ali”, fundamentalmente aqueles casos de menor gravidade. Fundamentalmente mantém a necessidade de seguir controlando os possíveis resultados desse processo, o que se manifesta, principalmente, na exclusão/inclusão de certos casos.

Sobre isso, interessante observar que, dentre os 97 casos selecionados por alguma das instituições: 27 conseguiram ser efetivamente derivados ao Centro de Mediação e 70 foram rejeitados. Desses que no acederam a mediação, 40% foi por decisão do MJYDH, que os consideraram inadequados em razão da falta de relevância jurídica dos delitos implicados. Depois dessa causa principal, a segunda razão mais importante de rejeição de casos (24%) foi por decisão do Ministério Público<sup>43</sup>. Daí se levantam duas observações:

- apesar da vontade, houve uma importante preferência dos operadores por selecionar casos de menor relevância jurídica, e
- é possível observar a dificuldade para visibilizar a mediação dentro dos objetivos institucionais do Ministério Público, que encontra limitações em suas orientações e políticas internas, frustrando a participação de muitos casos.

Ainda que critérios de exclusão para participar da JR possam relacionar-se aos próprios princípios guias reconhecidos ou recomendados (exemplo: a participação voluntária, ou que o ofensor reconheça o dano e/ou a responsabilidade de suas ações etc.), diferenças nas legislações nacionais também podem limitar ou aumentar o acesso de casos. Analisando a acessibilidade à luz do “perfil referencial de derivação”, adotado pelo corpo derivador, nesse estudo, identificaram-se, também, outros critérios de exclusão que emergem desde elementos culturais subjetivos. Investigações mostram que esses atores podem criar seus próprios critérios (exemplo: a motivação ou premeditação do crime, a situação sócio educacional do ofensor, ou a existência de problemas de saúde mental em qualquer das partes etc.), autodesenvolvidos como resultados de suas crenças<sup>44</sup>. Em relação às convergências encontradas entre os distintos atores entrevistados, se apresenta a Tabela 2 que inclui as descobertas mais importantes:

FRAECHEM, I.; BOLIVAR, Daniela. *Victims and restorative justice*. London: Routledge, 2015, p. 239-272.

<sup>43</sup> BOLÍVAR, Daniela; RAMÍREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNANDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

<sup>44</sup> LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.

Tabela 2 – análises do perfil referencial de derivação do corpo derivador

Categoria de análises	Elementos emergentes
Critérios de exclusão e fatores que influenciam na Derivação do Ministério Público	Deve existir vítima e imputado reconhecidos
	Ambas partes devem estar dispostas a mediar
	Os imputados não devem ter antecedentes penais
	Exclusão de casos graves, que tenham feito uso de arma de fogo ou violência (exemplo: homicídios, sequestros e delitos sexuais)
	O ofensor deve estar inserido no sistema educacional
	O ofensor deve ter uma família
	O ofensor deve ter pretensão de desistência criminal
	Exclusão de casos de violência intrafamiliar
	Os casos em que as partes se conhecem são melhores para mediar
	Casos de vítimas consideradas com baixo nível de instrução (educacional) poderiam apresentar dificuldade para participar da mediação
Critérios de exclusão e fatores que influenciam na Derivação da Defensoria Penal Pública	A vítima deve ser identificável
	Ofensor disposto para responsabilizar-se
	Partes dispostas para mediar o conflito
	Deve haver pouca relevância social do delito e baixo nível de vitimização (analisados desde critérios subjetivos de cada defensor)
	Nível de escolarização do ofensor
	Exclusão de jovens com consumo de drogas, situação econômica vulnerável ou em situação de rua
	Ofensor com pretensão de desistência criminal
	Casos em que as partes se conheçam ou sejam familiares (casos de violência intrafamiliar, casos dentro do contexto escolar) destacam-se positivamente como possíveis de mediar
	Não se excluem de imediato casos em que o ofensor tem antecedentes penais, mas sim avaliam a (baixa) “relevância” deste histórico delitivo
	Exclusão de “discussões pequenas”, definidas a critério de cada defensor

Fonte: elaboração própria.

Apesar disso, foi possível identificar que as instituições realizaram gestões no contexto do programa que não haveriam realizado de outro modo (por exemplo, a Defensoria entrevista 2 o 3 vezes, se necessário, aos ofensores para informar da mediação; o Ministério Público dispôs entrevistas personalizadas para oferecimento a vítimas). Em geral, as entrevistas mostram que promotores e defensores geraram um entendimento crescente acerca do modelo restaurativo do programa, mas não o suficiente para permitir abordar casos de maior seriedade.

### 5.1.2 Sobre o programa e elementos que constroem a confiança

O Convênio interinstitucional se posiciona como uma das maiores fortalezas do programa, como um documento colaborativo que inclui aos atores institucionais mais relevantes do nível nacional do Ministério Público e Defensoria. Além de materializar as diretrizes para sua execução, os entrevistados reconhecem sua importância como um respaldo institucional que dá confiança ao corpo derivador para enviar casos. Ainda que de maneira positiva, diante do resultado de uma mesa de trabalho que uniu opiniões e interesses de ambas instituições, essa dinâmica foi descrita pelos entrevistados como “conflitiva”, especialmente na discussão sobre o catálogo de delitos (a Defensoria mostra mais disposição para ampliar, enquanto o Ministério Público prefere conservar menos possibilidades). Esse conflito de expectativas dentro da implementação do EP é crescentemente mais notório entre o nível operativo das instituições, quando promotores e defensores assumem perspectivas distintas e negociam os casos.

Nesse sentido, o desafio é enfrentar as interferências institucionais da própria proposta e dinâmica do piloto, para que este possa ser executado de maneira autônoma, já que foi possível notar uma falta de compreensão comum dos objetivos e procedimentos do processo. Dentro de um programa de JR, com seu caráter inovador, ainda que seja compreensível haver diferentes maneiras de buscar os diversos objetivos, esses distintos enfoques desvirtuam o real sentido da intervenção, e demandam estratégias eficientes para enfrentar os reais desafios que são impostos na prática.

Além disso, o processo de derivação (e, por consequência, a participação dos casos na mediação) tem como importante característica o protagonismo dos profissionais, quando promotores e defensores negociam os casos, mantendo o controle dos casos possíveis (o no) para acessar a mediação. Nessa dinâmica, caracterizada por eles como complexa, os defensores assumem uma postura mais protecionista e os fiscais uma postura punitiva em relação ao ofensor, personagem que se mantém no centro da lógica (protegê-lo ou puni-lo). Sobre isso, ainda que o Ministério Público tenha a titularidade da ação penal pública por mandato constitucional (e, por extensão, dentro do programa), em relação ao marco teórico e metodológico da experiência restaurativa, instala-se uma vez mais o desafio de debater juntamente aos profissionais alguns conceitos importantes para a criminologia (vitimização e responsabilização *ativa* como processos subjetivos e diversos).

Sobre o programa, o corpo derivador demonstra confiança na capacidade da equipe organizacional envolvida, além da qualidade do procedimento promovido e vivido pelas partes no Centro de Mediação. Em relação à acessibilidade, é possível observar que essa confiança parece se relacionar com o fato de que os casos que logram ali chegar são seletivamente escolhidos por eles. Isso é potencializado pelo discurso de que para eles parece ser importante manter contato direto com a mediadora, demonstrando a necessidade de preservar o controle sobre o que passa durante essa instância.

Os operados que selecionam os casos revelam desconhecer a dinâmica geral do projeto (fluxo dos casos), justificada pela razão de que existe um “superior” no nível de coordenação em cada instituição que maneja os critérios de derivação de casos, analisando mais profundamente, as possibilidades de mediação. Em um contexto cuja decisão de derivar é discricionária ao corpo derivador, é fundamental que, além de simplesmente reconhecer a existência do serviço de JR no sistema, haja consciência sobre os benefícios da prática e dos seus processos. Essa ausência impede um real envolvimento desses atores e, por consequência, a derivação de casos, ou pelo menos a consideração da participação de alguns. Nesse sentido, alguns desafios são estabelecidos: promover mais capacitações, promover a sensibilização dos profissionais, além de promover a disseminação de informações sobre o programa.

Finalmente, o corpo derivador assume uma postura para manter o programa funcionando, ideia que parece ser usada para justificar uma derivação restrita aqueles casos que eles acreditam ser possível terminar de “maneira positiva”. Concretamente, se referem àqueles que, seja pelo tipo de delito e/ou perfil dos usuários,

acreditam que podem chegar a alcançar um acordo, o que significa focalizar em casos não formalizados y/o de menor potencial ofensivo. Novamente, além de identificar uma negligência do processo restaurativo vivido pelos usuários por parte do corpo derivador, aparece como uma maneira de tentar controlar os possíveis resultados, limitando, também, as próprias mediações e o alcance do programa.

## 6 Conclusões e discussão: desafios da acessibilidade a JR no âmbito da justiça

Desses resultados se desprendem importantes conclusões e reflexões que vão além de apontar problemas, identificando aprendizagens desde a experiência do EP. Reconhecendo a diversidade das práticas de JR (em termos metodológicos, de cobertura, grupo objetivo e sua relação com o sistema penal), qualquer tentativa de generalizar esses resultados seria imprecisa. Este estudo se assume como uma primeira aproximação ao papel que os profissionais envolvidos na implementação de uma experiência restaurativa cumprem na oferta de espaços de participação, dentro de uma realidade sociocultural específica. A ideia é despertar um importante debate para contribuir nas futuras políticas públicas. Nesse contexto, explorar a perspectiva desses atores ganha relevância quando evidências internacionais mostram que o sistema judicial tem se transformado no principal filtro de acesso a JR, e que as políticas públicas têm ressaltado noções como avaliação de risco e resguardos<sup>45</sup>.

Ainda que esse estudo tenha identificado alguns aspectos para melhorar as experiências restaurativas (assumidos como desafios a serem enfrentados), mantém a ideia de que a comparação com práticas internacionais de países distintos merece especial cuidado. O EP se situa no contexto social, cultural, político e econômico Latino-americano, o que pode tornar difícil pedir um ingresso espontâneo ou direto dos usuários a JR (como sucede na Bélgica, por exemplo). Por outro lado, debater o tema da acessibilidade na JR, principalmente em razão do atual processo vivido na região (disseminação recente de práticas restaurativas, contextualizada na introdução), contribui para assegurar o potencial restaurativo das experiências (tanto a nível de processo como de resultado), e definir elementos teóricos e metodológicos adequados a essa cultura.

Finalmente, foi possível organizar as principais conclusões em três níveis de trabalho: (1) criando bases para o trabalho dentro de um marco restaurativo; (2) trabalhando critérios para a participação em um procedimento restaurativo; (3) estabelecendo a relação institucional-organizacional na implementação da justiça restaurativa.

### 6.1 Criando bases para o trabalho dentro de um marco restaurativo

O objeto de estudo se posiciona como antecedente importante para um projeto de lei em trâmite, e também carece de uma atual previsão legal para a mediação penal restaurativa juvenil. Isso significa que se demanda uma profunda compreensão dos objetivos da justiça juvenil por parte do corpo derivador, por meio não somente do seu campo prático, mas também do marco teórico-metodológico da JR. Esses profissionais tiveram de buscar (escassos) espaços na lei, ocupando-se das saídas alternativas previstas na legislação<sup>46</sup>, e que condicionaram (logo na entrada) o perfil de casos derivados (ex. perfil de ofensor sem antecedentes

<sup>45</sup> BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.

<sup>46</sup> Dentro das saídas alternativas, promotores e defensores permitem a participação daqueles casos em que jovens não tenham antecedentes penais (e que não tenham “suspensão condicional vigente) e que o tamanho da pena possível de ser aplicada seja inferior a 3 anos. A saída alternativa por “suspensão condicional do procedimento” assim, como aduz a lei, aplica-se em casos de delitos leves, principalmente aqueles contra a propriedade. Nos “acordos reparatórios” os tipos de delitos são ainda mais restritivos, tal como impõe a normativa, são delitos leves que só poderiam se referir a fatos investigados que afetem bens jurídicos disponíveis de caráter patrimonial, consistindo em lesões menos graves ou delitos culposos.

criminais, ou tamanho da pena possível inferior a 3 anos). Apesar disso, por razão do caráter que assumiu a experiência, foi possível debater e negociar alguns critérios durante o contexto de implementação da prática.

O Ministério Público e a Defensoria Penal Pública foram capazes de trabalhar sobre uma base colaborativa, que, inclusive, abriu espaço para a elaboração de uma figura inédita, o Convênio interinstitucional. Isso implica que são capazes de pôr adiante certos valores restaurativos que, ainda que imperfeitos, agregam valor ao sistema judicial em relação à situação anterior ao EP. Sobre isso, mesmo que o Convênio ou o projeto de lei não estabeleça prazo para realizar os processos, as instituições têm outorgado tempo e se apresentado disponíveis para a gestão das mediações. É possível identificar um papel positivo da experiência para o avanço no Chile da inclusão dessa prática no novo Serviço de Reinserção Social Juvenil, juntamente ao entendimento das possibilidades da JR no país.

Entretanto, dentro do manejo processual dos casos, surgiram perspectivas distintas que parecem ser alimentadas por certos “mitos” construídos entre as instituições, o que muitas vezes induziu a decisão sobre a derivação como resposta a outro órgão, excluindo a participação de casos. Resgatando o papel protagonista dos promotores e defensores no processo de derivação, também como uma instância de negociação entre as instituições, é importante estabelecer bases comuns entre todo o corpo derivador que não sejam restritivas, fundamentalmente no sentido de: discutir os objetivos do piloto, como se entende a mediação e JR, quais são os requisitos e princípios, de que forma se levará a cabo a implementação.

Além disso, instala-se como desafio para o serviço de JR oferecer apoio às pessoas encarregadas da seleção de casos, propondo diferentes maneiras efetivas e sustentáveis de como se pode organizar esse processo de seleção mais sistemática de casos, por exemplo, enviando uma carta as partes, que explica do que trata o serviço de mediação e como podem participar<sup>47</sup>.

É importante, também, observar com atenção o próprio contexto em que se enquadra a experiência, dentro de um programa que trata da reinserção social juvenil. Isso pode representar um elemento desafiador para o trabalho, no sentido de não intervir de maneira equilibrada juntamente às partes (principalmente, oferecer da mesma forma e frequência o procedimento a vítimas, em comparação com ofensores), o que cobra, novamente, maior clareza do enfoque do programa<sup>48</sup>. Sobre isso, quando promotores e defensores executam o programa em função de uma lógica penal centralizada no jovem (quando tem benefícios legais associados e o pedido se inicia desde o ofensor), as vítimas podem perceber que os processos restaurativos não são neutros e estão orientados a melhorar o status legal do ofensor<sup>49</sup>.

## 6.2 Trabalhando critérios para a participação em um procedimento restaurativo

Principalmente dentro do EP foi possível identificar outros fatores subjetivos e não explícitos adotados nesse processo, desde certas crenças do corpo derivador que condicionam certos perfis, as quais:

- situam a vítima como um indivíduo em necessidade e vulnerável, que deve ser protegido e ajudado desde uma perspectiva limitante das suas capacidades e autonomia;
- tipificam o ofensor/a como um indivíduo com importantes limitações para se responsabilizar sobre seus atos, mudar sua atitude e ser capaz de construir nova identidade social.

Os procedimentos restaurativos não deveriam ser considerados como um “favor” (para ofensores pri-

<sup>47</sup> BOLÍVAR, Daniela; RAMÍREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNÁNDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

<sup>48</sup> BOLÍVAR, Daniela; RAMÍREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNÁNDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.

<sup>49</sup> BOLÍVAR, D. *Restoring harm: a psychosocial approach to victims and restorative justice*. London: Routledge, 2019.

mários, ou que cometem delitos menores, ou que estão escolarizados e com ambiente familiar estável etc.). Evidências indicam que esses processos podem ser efetivos com diferentes tipos de ofensores, incluindo reincidentes<sup>50</sup>. A JR tem sido aplicada tanto em casos de delitos menores como delitos graves, por exemplo: homicídios, ataques terroristas, delitos sexuais, crimes de ódio e certos casos de violência doméstica (com evidências de resultados relevantes e efeitos benéficos para seus participantes)<sup>51</sup>.

A participação restrita, segundo opiniões pessoais e interpretações do marco legal de acordo com preferências e juízos individuais dos profissionais, deve dar espaço ao desenvolvimento de um modelo de trabalho uniforme e transparente. Apesar do Convênio, com um protocolo de derivação estabelecido, é fundamental estabelecer bases claras juntamente a todo o corpo derivador que potencialize o acesso dos casos. Uma interessante estratégia é que essa definição esteja pautada não sobre “casos possíveis de mediar”, mas sim sobre os critérios de “casos não mediáveis”.

Independentemente de o programa assumir um “enfoque de competências” ou “enfoque de carências”, o que implica uma perspectiva de devolver o conflito, as partes ou profissionalizar a decisão de selecionar casos idôneos para a JR<sup>52</sup>, a responsabilidade institucional-organizacional está em promover uma intervenção em que o imperativo ético seja resguardar a segurança física e mental dos participantes<sup>53</sup>.

Entendendo a centralidade do conceito de empoderamento dentro da JR, as bases desse modelo devem considerar a participação daqueles casos em que a vítima e ofensor estejam dispostos a fazer parte de um processo de comunicação para chegar a um acordo, e conscientes acerca do procedimento oferecido. Nesse sentido, a avaliação de riscos e resguardos do programa não deve limitar o acesso daquelas pessoas interessadas em participar, mas sim deve ocupar-se de fomentar a elaboração de estratégias para garantir um procedimento seguro para as partes<sup>54</sup>.

Em especial para as vítimas, estudos apontam que o oferecimento de um processo restaurativo não teria um impacto negativo. Além disso, receber informações sobre a disponibilidade dessa experiência é uma fonte de empoderamento por si só. Conhecer essa possibilidade e decidir voluntariamente sobre sua participação são elementos observados por mediadores como parte de processos benéficos para ambas partes. Por outro lado, a falta de informação sobre essa possibilidade é, em si mesma, uma fonte de vitimização.

### 6.3 Estabelecendo a relação institucional-organizacional na implementação da Justiça Restaurativa

Apesar de serem capazes de reconhecer os benefícios da JR, o corpo derivador tem dificuldade de relacioná-la com processos de reparação da vítima, ou de responsabilização do ofensor, focalizando-se mais nos juízos e de maneira insuficiente em apoiar as partes. Nesse contexto, uma maior conscientização dos profissionais sobre os potenciais da JR representaria uma grande contribuição na promoção de um contex-

<sup>50</sup> BERGSETH, Kathleen; BOUFFARD, Jeff. Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 57, n. 9, p. 1054-1075, 2013.

<sup>51</sup> AERTSEN, Ivo; PETERS, T. Mediation for reparation: the victim's perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 6, n. 2, p. 106-124, jul./dez. 1998.

KOSS, M. The RESTORE program of restorative justice for sex crimes: vision, process and outcomes. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 29, n. 9, p. 1623-1660, 2014.

WALTERS, M. I thought he is a monster but he was just normal. Examining the Therapeutic Benefits of Restorative Justice for Homicide. *The British Journal of Criminology*, v. 55, n. 6, p. 1207-1225, 2015.

<sup>52</sup> BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.

<sup>53</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2006). *Manual sobre programas de justiça restaurativa*, 2006. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf). Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>54</sup> BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.

to institucional alentador de direitos: maior conexão com a proposta do programa; maior disposição para reconhecer e resgatar as perspectivas das partes acerca das dimensões do conflito no seu trabalho; e caráter mais desafiador diante das políticas públicas.

A exclusão dos casos deve ser revisada com o objetivo de maximizar o alcance do programa, precisamente com relação aos delitos de maior relevância social e jurídica, o que se relaciona, diretamente, à valorização e confiança do corpo derivador. A notabilidade jurídica dos casos que acedem ao procedimento restaurativo é um elemento primordial para garantir a relevância, também, para os intervenientes. A própria visão de impulsionar, politicamente, o programa com uma derivação indutiva dos casos é lógica e legítima, mas é importante ser cauteloso para não desvirtuar o real objetivo da prática, limitando o potencial crítico e metodológico da experiência.

No contexto observado, o modelo restaurativo foi desafiado constantemente por uma perspectiva pautada exclusivamente nos “resultados” desse processo, objetivamente pensando na possibilidade de obter acordos. Ainda que não seja propriamente um obstáculo informar as partes sobre as possíveis implicações legais de um acordo (o direito à informação e apoio jurídico estão ligados a princípios importantes da prática), evidências indicam que enfatizá-lo como objetivo da mediação pode provocar: uma menor valoração do processo comunicativo, dedicando menos tempo a identificar as necessidades subjacentes e aumentando a insatisfação dos usuários, especialmente das vítimas<sup>55</sup>.

Quando o processo de derivação se pauta num produto objetivo oriundo de uma negociação entre instituições, instalam-se interesses e motivações instrumentais (obter compensação para a vítima, diminuir o processo judicial para o ofensor ou deixá-lo sem antecedentes penais etc.) que não necessariamente são obstáculos, mas podem se tornar. O risco está em que esses profissionais, os quais oferecem apoio legal às partes, possam lhes gerar expectativas que não necessariamente sejam possibilidades reais, impossibilitando que o processo de mediação possa seguir, o que dificulta o trabalho no Centro de Mediação.

Para a vítima, uma oferta que se centra especialmente no aspecto patrimonial, por exemplo, pode limitar a exploração ativa de outras formas e necessidades aptas de serem reparadoras por meio de atos simbólicos ou outros tipos de ações que responsabilizam o ofensor (não financeiras ou materiais). Com relação aos ofensores, se, por um lado, a motivação de não ter antecedentes penais é um benefício legítimo, ela estabelece um cenário mais desafiante para o mediador penal. Fundamentalmente, o processo de responsabilização ativa do ofensor é um requisito fundamental para continuar o trabalho e para evitar a vitimização secundária da vítima.

## Referências

AERTSEN, Ivo; PETERS, T. Mediation for reparation: the victim's perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 6, n. 2, p. 106-124, jul./dez. 1998.

AERTSEN, Ivo. The intermediate position of restorative justice: The case of Belgium. In: AERTSEN, Ivo; DAEMS, T.; ROBERT; L. *Institutionalizing restorative justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2006. p. 68-92.

AERTSEN, Ivo; MACKAY, R.; PELIKAN, C.; WILLEMSSENS, J.; WRIGHT, M. *Rebuilding community connections: mediation and restorative justice in Europe*. Strasbourg: Council of Europe, 2004.

BERGSETH, Kathleen; BOUFFARD, Jeff. Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 57, n. 9, p. 1054-1075, 2013.

<sup>55</sup> BOLÍVAR, Daniela; PELIKAN, C.; LEMONNE, A. Victims and Restorative Justice: Towards a Comparison. In AERTSEN, I.; VANFRAECHEM, I; BOLIVAR, D. *Victims and Restorative Justice*. London: Routledge, 2015, p. 172-200.

- BOUFFARD, Jeff; COOPER, Maisha; BERGSETH, Kathleen. The effectiveness of various restorative justice interventions on recidivism outcomes among juvenile offenders. *Youth violence and juvenile justice*, 2017, vol. 15, no 4, p. 465-480.
- BOLÍVAR, Daniela; PELIKAN, C.; LEMONNE, A. Victims and Restorative Justice: Towards a Comparison. In AERTSEN, I.; VANFRAECHEM, I; BOLIVAR, D. *Victims and Restorative Justice*. London: Routledge, 2015, p. 172-200.
- BOLÍVAR, D. Deconstructing Empowerment in Restorative Justice. In AERTSEN, Ivo; PALI, B. *Critical Restorative Justice*. Portland, USA: Hart Publishing, 2017, p. 29-46.
- BOLÍVAR, D. Restoring harm: a psychosocial approach to victims and restorative justice. London: Routledge, 2019.
- BOLÍVAR, Daniela; VANFRAECHEM, I. Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, v. 14, n. 4, p. 1437-1458, 2015.
- BOLÍVAR, Daniela; AERTSEN, I.; VANFRAECHEM, I. *Victims and Restorative Justice: An Empirical Study of the Needs, Experience, and Position of the Victim within Restorative Justice Practices*. Leuven: European Forum for Restorative Justice, 2013.
- BOLÍVAR, D.; RAMIREZ, Angelica; BARACHO, Bianca; DE HAAN, Marit; CASTILLO, Fernanda; FERNANDEZ, M.; AERTSEN, Ivo. *Estudio Proyecto Capacitación, Asesoría y Estudio Práctico Mediación Penal Juvenil*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2017.
- BOLÍVAR, Daniela; BRANCHER, L.; NAVARRO, Ivan; VEGA, M. Conferencing in South America as an exercise of democracy? Na exploration of the 'vertical' role of restorative justice. In ZINSSTAG, Estela; VANFRAECHEM, I. *Conferencing and Restorative Justice: International practices and perspectives*. Inglaterra: Oxford University Press, 2012, p. 153-170.
- BRAITHWAITE, J. Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. *Crime and justice*, v. 25, p. 1-127, 1999.
- CHAPMAN, Tim; GELLIN, M.; AERTSEN, Ivo; ANDERSON, M. *Protecting Rights, Restoring Respect and Strengthening Relationships: A European Model for Restorative Justice with Children and Young People (Volume II)*, 2015. Disponível em: <http://www.ejjc.org/sites/default/files/volii-eumodel-europeanresearchonrestorativejuvenilejustice.pdf>. Acesso em: 10 de marzo de 2018.
- CHARMAZ, K. *Constructing grounded theory*. London: Sage, 2006.
- CHRISTIE, N. Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.
- COHEN, R. L. Provocations of restorative justice. *Social Justice Research*, v. 14, p. 209-232, 2001.
- COMITÉ EVALUACIÓN DE LA LEY OCDE (2015). *Informe Ejecutivo Evaluación de la Ley N°20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*, 2015. Cámara de Diputados de Chile.
- CORREIA, I. Psicologia social da justiça: fundamentos e desenvolvimentos teóricos e empíricos. *Análise Psicológica*, v. 28, n. 1, p. 7-28, 2010.
- DALY, K. Restorative justice and sexual assault: Na archival study of court and conference cases. *British Journal of Criminology*, v. 46, p. 334-356, 2006.
- DE MESMAECKER, V. Victim-offender mediation participants' opinions on the restorative justice values of confidentiality, impartiality and voluntariness. *Restorative Justice: An International Journal*, v. 1, n. 3, p. 334-361, 2013.

- DÍAZ, A.; NAVARRO, Iván. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*, 2015. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos de Chile, Santiago. Documento interno.
- DIGNAN, J. Repairing the damage: Can Reparation be Made to Work in the Service of Diversion? *The British Journal of Criminology*, v. 32, n. 4, p. 453-472, 1992.
- FORUM EUROPEU DE JUSTICA RESTAURATIVA (2018). *Connecting People to Restore Just Relations: Practice Guide on Values and Standards for restorative justice practices*, 2018. Disponível em <http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2018/11/EFRJ-Values-and-Standards-manual-to-print-24pp.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- GONZÁLEZ, I.; FUENTEALBA, M. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 4, n. 3, p. 175-210, 2013.
- GRIFFIN, D. (2005). *Restorative Justice, Diversion and Social Control: Potential Problems*. Paper apresentado em *National Conference on Young People and crime: Research, Policy and Practice at the Centre for social and Educational Research*. Dublin: Dublin Institute of Technology, 2015.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Acceso a la justicia: Reformas judiciales y acceso a la justicia, 2013*. Disponível em: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.
- KOSS, M. The RESTORE program of restorative justice for sex crimes: vision, process and outcomes. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 29, n. 9, p. 1623-1660, 2014.
- KRAUSE, M. La investigación cualitativa: Un campo de posibilidades y desafíos. *Temas de Educación*, v. 7, p. 19-39, 1995.
- LAUWAERT, K. Victims and restorative justice in criminal justice policy at the European level. In AERTSEN, Ivo; VANFRAECHEM, I.; BOLIVAR, Daniela. *Victims and restorative justice*. London: Routledge, 2015, p. 239-272.
- LAXMINARAYAN, M. *Accessibility and Initiation of Restorative Justice*, 2014. Disponível em: [http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility\\_and\\_Initiation\\_of\\_RJ\\_website.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf). Acesso em: 20 jan. 2018.
- LEE, C. C. *Social justice: A moral imperative for counselors*. Alexandria: American Counseling Association, 2007.
- LIND, A.; TYLER, T. *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York: Plenum Press, 1998.
- MARSHALL, T. *Restorative Justice: An Overview*. London: Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999.
- MCCOLD, P.; WACHTEL, B. Restorative justice theory validation. In WEITEKAMP, E.; KERNER, H. J. *Restorative justice theoretical foundations*. Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2002, p. 110-142.
- OLALDE ALTAREJOS, Alberto José. 40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal. Madrid: Editorial Dykinson, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, 2006. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf). Acesso em: 15 mar. 2017.
- PARKER, L. The Use of Restorative Practices in Latin America. Paper presented at the Third International Conference on Conferencing, Circles, and other Restorative Practices, “Dreaming of a New Reality”, 2012. Disponível em: <http://restorativejustice.org/10fulltext/parker-lynette.-the-use-of-restorative-practices-in-latin-america.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017

- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*, 2005. Instituto Disponível em: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual\\_de\\_Políticas\\_Publicas\\_Para\\_El\\_Acceso\\_A\\_La\\_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual_de_Políticas_Publicas_Para_El_Acceso_A_La_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 mar. 17.
- RAPPAPORT, J. Terms of empowerment/exemplars of prevention: toward a theory for community psychology. *American Journal of Community Psychology*, v. 15, p. 121-148, 1987.
- RICONDO, T. P. (2015). *El nuevo reto del feminismo reivindicaciones de justicia en un marco global*. 2015. Teses Doutorado, Universidade de Oviedo, Espanha.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2014). Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: Evaluación de la aplicación de la Ley N° 20.084 (2014). Boletín N° S 1.555-14.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2017). Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (2017). Boletín 11174-07.
- TONCHE, J. Justiça restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal? *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 1, 2016.
- TORRECILLA, F.; CASTILLA, R. Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, v. 9, n. 4, 2011.
- UMBREIT, M. *The handbook of victim-offender mediation. An essential guide to practice and research*. San Francisco: Jossey Bass, 2001.
- UMBREIT, M. *How to Increase Referrals to Victim-Offender Mediation Programs*. University of Waterloo: The Fund for Dispute Resolution, 1993.
- VAN CAMP, T., & WEMMERS, J-A. (2013). Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice. *International Review of Victimology*, v. 19, n. 2, p. 117-143, 2013.
- VARONA, Gema. *La mediación reparadora como estrategia del control social, una perspectiva criminológica*. Granada: Editorial Comares, 1998.
- WALGRAVE, L. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.
- WALTERS, M. I thought he is a monster but he was just normal. Examining the Therapeutic Benefits of Restorative Justice for Homicide. *The British Journal of Criminology*, v. 55, n. 6, p. 1207-1225, 2015.
- ZEHR, H. *Changing lenses: A new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, PA, 2005.
- ZIMMERMAN, M (2000). Empowerment Theory: Psychological, Organizational and Community Levels of Analysis. In RAPPAPORT, J.; SEIDMAN, E. *Handbook of Community Psychology*. New York: Kluwer Academic, 2000.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A persecução penal do tráfico internacional de seres humanos no sistema de Justiça Federal**  
The criminal prosecution of international trafficking in human beings in the federal justice system

Luciano Ferreira Dornelas

Bruno Amaral Machado

# A persecução penal do tráfico internacional de seres humanos no sistema de Justiça Federal\*

## The criminal prosecution of international trafficking in human beings in the federal justice system

Luciano Ferreira Dornelas\*\*

Bruno Amaral Machado\*\*\*

### Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as decisões da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e da Justiça Federal nos casos de tráfico internacional de pessoas. O estudo tem como ponto de partida a análise do fluxo do Sistema de Justiça Criminal, no Brasil, e utiliza-se das técnicas de pesquisa exploratória descritiva quantitativa e qualitativa de dados. A pesquisa abrange o histórico e a produção de decisões dos atores envolvidos no enfrentamento do tráfico de pessoas no período de 2004 a 2015, contempla as relações interorganizacionais e as premissas decisórias para tomada de suas decisões. O problema que se procura responder: como é implementada a persecução penal nos processos de tráfico internacional de pessoas? A pesquisa orienta-se pela abordagem organizacional da teoria sistêmica e pelas análises de rede e governança para o enfrentamento ao tráfico e conta, também, com entrevistas em profundidade com autoridades federais que atuaram na condução de investigações e processos criminais.

**Palavras-chave:** Análise Organizacional. Fluxo do sistema de justiça. Tráfico de Seres Humanos. Sistema de Justiça Federal.

### Abstract

The article has as its aim to analyze the decisions of the Federal Police, the Federal Public Ministry and the Federal Justice in the cases of international trafficking in persons. The study has as its starting point the analyses of the Criminal Justice System, in Brazil, and utilizes the techniques of the descriptive quantitative and qualitative exploratory research of data. The research encompass the historical and the production of decisions of the players involved in the suppressing of the trafficking in persons in the period from 2004 to 2015, it contemplates the inter-organizational relations and the decision making premises of the decisions. The problem that it tries to answer is: how is the prosecution in criminal proceedings for international trafficking of persons implemented? The research is oriented by the organizational systemic theory approach and by the analyses of the network

\* Recebido em 10/08/2019  
Aprovado em 08/12/2019

\*\* Delegado de Polícia Federal (2003-2019). Professor da Universidade Federal de Goiás (2014-2015). Professor PUC/GO. Professor Uniceub. Doutor em Direito pelo UniCEUB. E-mail: lucianoferreiradornelas@gmail.com

\*\*\* Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal) pela Universidade de Barcelona. Pós-doutorado em Sociologia (UnB – John Jay-NY). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. E-mail: brunoamachado@hotmail.com

of governance for the suppressing of trafficking and it also includes deep interviews with the federal authority that acted in the conduction of the investigations and criminal processes.

**Keywords:** Organizational Analysis. Flux of the System of Justice. Trafficking in Human Beings. Federal Justice System.

## 1 Introdução

Uma análise exploratória demonstra a lacuna de estudos que se utilizam da técnica de análise de fluxo do sistema de justiça em relação ao tráfico de pessoas no Brasil; estudos preliminares sugerem a ausência de obtenção e tratamento de dados empíricos visando à análise do campo das organizações envolvidas no enfrentamento ao tráfico de pessoas no sistema jurídico brasileiro.

Os estudos anteriores partiram de dados regionalizados e não abrangentes: o I Diagnóstico Sobre o Tráfico de Seres Humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará, feito pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) restringiu-se aos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará<sup>1</sup>; a pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), em convênio com o Escritório Contra Drogas e Crime das Nações Unidas (UNODC), com vistas a traçar o perfil socioeconômico das mulheres e transgêneros deportadas ou não admitidas que chegam no Aeroporto de Guarulhos (SP) se cingiu ao Estado de São Paulo<sup>2</sup>. No ano de 2006, a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), realizou pesquisa com registro de observações nos diários de campo dos pesquisadores e 73 entrevistas com deportados e inadmitidos com vistas a apreender dinâmicas vinculadas ao tráfico internacional de pessoas entre brasileiros deportados ou não admitidos em outros países<sup>3</sup>. Em 2009 o relatório global do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) não apresenta novidades, pois se valem de dados da Polícia Federal referidos no relatório de “Atuação do Departamento de Polícia Federal no combate aos crimes violadores dos direitos humanos”<sup>4</sup>.

Nos Estados Unidos, no sítio da *Harvard Kennedy School*, há estudo empírico que indica as causas determinantes do tráfico de pessoas e abrange o período de 1995 a 2010. A pesquisa oferece base inicial para políticas públicas na área<sup>5</sup>. O Departamento de Estado dos Estados Unidos, em relatório sobre o tráfico de pessoas, intitulado *Trafficking in Persons Report, 2016*, divulgado anualmente, situou o Brasil no chamado grupo 2 juntamente à Argentina, República Dominicana, Equador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai, classificados como aqueles que não cumprem seus compromissos de combater o tráfico em sua totalidade, apesar de esforços significativos<sup>6</sup>.

O estudo que apresentamos neste artigo relaciona-se a outros já realizados, a exemplo da pesquisa realizada pelo International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), no ano de 2011, com vistas a analisar o tráfico de seres humanos do Brasil para a União Europeia, especialmente Portugal e Itália, e que trouxe indicadores em relação às vítimas: “baixa escolaridade, expectativas reduzidas de mobilidade social e

<sup>1</sup> COLARES, M. I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: SNJ, 2004

<sup>2</sup> SNJ. Relatório: indícios de tráfico de pessoas no universo de deportadas e não admitidas que regressam ao Brasil via o aeroporto de Guarulhos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. 88p

<sup>3</sup> snj; oit. Tráfico internacional de pessoas e tráfico de migrantes entre deportados(as) e não admitidos(as) que regressam ao Brasil via o aeroporto internacional de São Paulo. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

<sup>4</sup> BRASIL. Atuação do Departamento de Polícia Federal no combate aos crimes violadores dos direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Polícia Federal, 2016.

<sup>5</sup> CHO, S. Y. Modelling for determinants of human trafficking: an empirical analysis. *Social Inclusion*, Lisbon, Portugal, v. 3, issue 1, p. 2-21, 2015.

<sup>6</sup> EUA. State Government. 2018. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

faixa etária entre 20 e 30 anos”<sup>7</sup>.

O artigo tem como objetivo, a partir de dados empíricos e de técnicas de pesquisa quantitativa e qualitativa, analisar o fluxo de processos de tráfico internacional de pessoas nas Cortes Federais no Brasil. A partir do enfoque organizacional sistêmico, o estudo busca identificar as premissas decisórias de cada uma das organizações envolvidas na persecução penal desse delito. O artigo orienta-se pela pergunta: na modelagem institucional idealizada para o controle penal do tráfico internacional de pessoas no Brasil, como atuam as organizações diretamente envolvidas: Ministério Público Federal, Judiciário e Polícia Federal? O problema supõe a análise empírica da persecução penal do tráfico de pessoas: número de inquéritos e divergências mostradas pelo número de denúncias, tempo entre denúncia e condenação, número de denunciados e condenados, absolvições/condenações mantidas nas instâncias superiores.

A técnica do fluxo do sistema de justiça aqui empregada consiste em observar o Sistema de Justiça Criminal (SJC) a partir das decisões produzidas pelas organizações envolvidas, o que permite identificar incoerências, lacunas e retrabalhos (nocivas) em todas as fases do processamento do inquérito e da ação penal. O diagnóstico dos processos de persecução penal no sistema de justiça criminal federal do Brasil evidencia as divergências dos elementos componentes da caracterização do tráfico de pessoas entre as organizações incumbidas da apuração do crime e suas relações intersistêmicas, fazendo-nos compreender a maneira de abordagem e a seletividade que são dadas pela Polícia, Ministério Público e Judiciário na configuração ou não do crime. Os processos são analisados, nesta pesquisa, com o emprego de metodologia a seguir descrita e sob o enfoque organizacional sistêmico.

## 2 Metodologia e delimitação temporal da pesquisa

A pesquisa utilizou-se de técnicas de pesquisa bibliográfica (documentação indireta), análise de fluxo do sistema de justiça, além de realização de entrevista com Juízes Federais, Procuradores da República e Delegados de Polícia Federal, todos atuantes no Brasil.

A pesquisa foi realizada a partir dos dados fornecidos pelo Ministério Público Federal e por dados fornecidos por cada um dos 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais que compõem a Justiça Federal no Brasil, encarregada, constitucionalmente, de julgar os casos de tráfico de pessoas. Na última fase da pesquisa, houve o deslocamento a cada uma das Seções Judiciárias em que se subdividem os Tribunais Regionais Federais; as Seções Judiciárias escolhidas obedeceram a critérios de forma que fossem contemplados dois fatores: maior número de casos na Seção Judiciária e aspecto espacial, de forma a contemplar ao menos uma Seção Judiciária por região do Brasil, obtendo uma amostragem significativa que contemplasse as diversas regiões (Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste); nessa fase a pesquisa envolveu as Seções Judiciárias da Justiça Federal nos Estados de Goiás, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina, Bahia, Pernambuco, Ceará e Pará.

Na pesquisa de campo, foram selecionados os processos para maximizar a variação entre as diferentes regiões do país (Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e Norte), permitindo a observação do fluxo de justiça em diferentes contextos de implementação. Com isso, foram satisfeitas as exigências metodológicas para análise quantitativa e qualitativa: homogeneidade externa, já que foram analisados inquéritos e processos somente sobre o tráfico internacional de pessoas em seções judiciárias de todas as cinco regiões do país, e também a heterogeneidade interna, já que foram analisados distintos processos dentro de uma mesma seção judiciária.

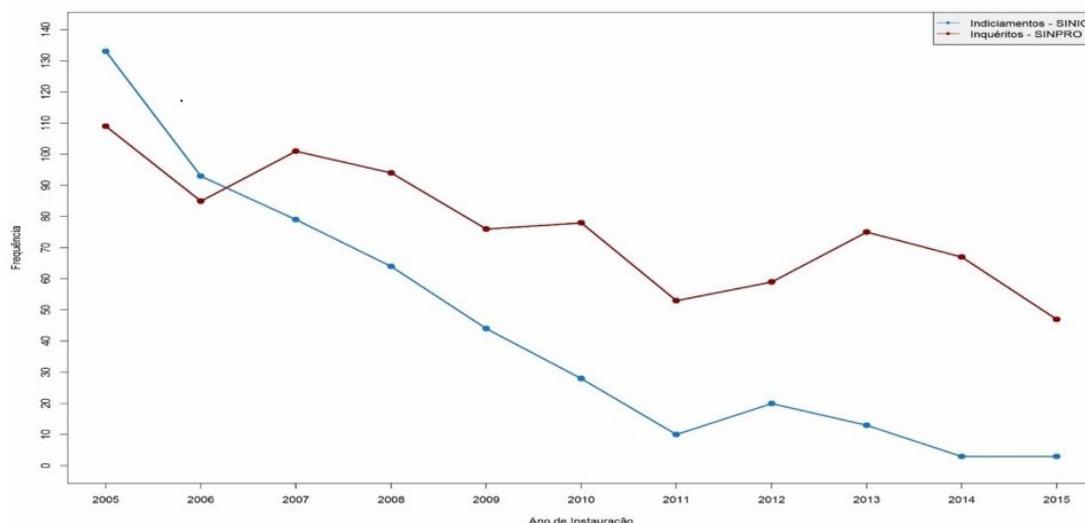
<sup>7</sup> ICMPD. Jornadas Transatlânticas: uma pesquisa exploratória sobre tráfico de seres humanos do Brasil para Itália e Portugal. Brasília Ministério da Justiça, 2011.

As entrevistas foram realizadas de forma escrita e, quando permitido pelas autoridades, de forma oral e com a gravação, simultaneamente com a pesquisa qualitativa de campo abrangendo diversas regiões do Brasil, o que permitiu ter amplitude das interações inter e intraorganizacionais, aprofundando o campo de pesquisa.

Para fins éticos, a identificação dos entrevistados é omitida e substituída pela sigla do cargo ocupado (“PR” para Procurador da República, “DPF” para Delegado da Polícia Federal e “JF” para Juiz Federal); após, inseriu-se o número de ordem do entrevistado. As entrevistas envolveram 7 (sete) Procuradores de Goiás, 4 (quatro) Delegados Federais e 9 (nove) Juizes Federais.

Para a delimitação do aspecto temporal, além do conhecimento empírico da questão, um levantamento interno da Polícia Federal confirmou o aspecto objetivo do período de 2004 a 2015 como meta para o nosso trabalho: nesse período, se viu o aumento, seguido do ápice e, finalmente, a redução dos casos envolvendo o fenômeno do tráfico de pessoas.

Figura 1 – distribuição dos procedimentos instaurados (vermelho) e dos indiciamentos (azul) realizados pela Polícia Federal no Tráfico Internacional de Pessoas (CP, art. 231) entre 2005 e 2015



Fonte: Atuação do Departamento de Polícia Federal nos crimes violadores de Direitos Humanos (2016).

A Figura 1 demonstra que a delimitação temporal do período da pesquisa contempla aquele compreendido entre o aumento do número de procedimentos criminais de tráfico internacional de pessoas no sistema de justiça (a partir de 2004) e seu decréscimo (a partir de 2015).

### 3 Fluxo de processos e o tempo no curso da persecução penal

A técnica do fluxo do sistema de justiça, que consiste em observar o Sistema de Justiça Criminal (SJC) a partir das decisões produzidas pelas organizações que nele atuam, identifica as incoerências, lacunas e retrabalhos (nocivas) em todas as fases do processamento do inquirido e da ação penal.

A reconstrução do fluxo do Sistema de Justiça Criminal (SJC) permitiu averiguar os critérios seletos que orientam as premissas condicionais e finalísticas das organizações envolvidas no enfrentamento ao tráfico, analisar o chamado “funil da impunidade”<sup>8</sup> e fixar as ocorrências da morosidade processual em casos

<sup>8</sup> A metáfora é um dos grandes pontos de crítica do Ministério Público Federal em relação à Polícia Federal (PF) e se refere à

determinados<sup>9-10,11</sup>.

Os dados são relevantes quando comparados com estudos internacionais, como o realizado por Liz Hales (2017), pesquisadora independente e consultora em Justiça Criminal e Assuntos de Imigração da Universidade de Cambridge, que traça uma pena média de 2 meses para vítimas traficadas com posse de documentos falsos, o que demonstra que as autoridades como as do Reino Unido não se preocupam tão somente em conter o tráfico humano, mais em punir as vítimas, o que não é verificado nos dados de nosso estudo.

Inicialmente, a análise dos dados do Ministério Público Federal, no Brasil, focou nos inquéritos policiais “concluídos”. Definiu-se por “inquérito concluído” aquele procedimento investigatório no qual houve oferecimento de denúncia ou pedido de arquivamento (considerando a manifestação). A pesquisa no sistema de dados do Ministério Público Federal apontou a existência de 195 considerados como concluídos, o que corresponde a um total de 54% dos procedimentos; dentre esses 54% por cento concluídos, apenas 38 (19,5%) o foram por oferecimento de denúncia e 157 (80,5%), por pedido de arquivamento.

Tabela 1 – Inquéritos Policiais concluídos

MANIFESTAÇÃO	Número de autos	Porcentagem (%)
ARQUIVAMENTO	157	80,5
DENÚNCIA	38	19,5
TOTAL	195	100,00

Fonte: Ministério Público Federal.

O número de apenas 19,5% sugere baixa efetividade do sistema de justiça criminal (as denúncias que são oferecidas pelo Ministério Público Federal) em relação ao total de investigações concluídas que embasaram ações penais; do total de investigações concluídas, 157 casos que correspondem a 80,5% são arquivados. Esse achado aponta diferentes frentes para análise do desempenho da investigação pela PF. Os inquéritos policiais concluídos com oferecimento de denúncia e os inquéritos policiais arquivados foram submetidos à análise. Para esses inquéritos, foi calculado o tempo, em dias, transcorrido entre a instauração do inquérito pela polícia e a manifestação de denúncia ou arquivamento, pelo Ministério Público.

O resumo estatístico, com a contagem, média e desvio padrão dos tempos, encontra-se na Tabela 2 (abaixo). Também é apresentado, na mesma tabela, o esquema dos 5 números (mínimo, 1º quartil, mediana, 3º quartil e máximo), que permitem análise da assimetria da distribuição dos tempos entre as denúncias e os arquivamentos. | O tempo médio para conclusão do inquérito nos casos de denúncia é significativamente menor do que nos casos de arquivamento.

Tabela 2 – tempo de denúncias e arquivamentos – total de inquéritos concluídos

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
CONTAGEM	37	144
MÉDIA	658,94	894,58
DESVIO PADRÃO	719,04	843,88
MÍNIMO	0	0
1º QUARTIL	20	315

disparidade entre o número de processos que estão presentes no Sistema de Justiça Criminal e o número de sentenças que deles resultam (OLIVEIRA; MACHADO, 2017).

<sup>9</sup> ADORNO, S. Crise no sistema de justiça criminal. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 50-51, 2002.

<sup>10</sup> VENTURA, A. B. Fluxo do funcionamento da justiça criminal para o crime de homicídio doloso na Região Metropolitana de Florianópolis em 2003. *Revista Mosaico Social*, ano 3, n. 3, p. 305-319, dez 2006.

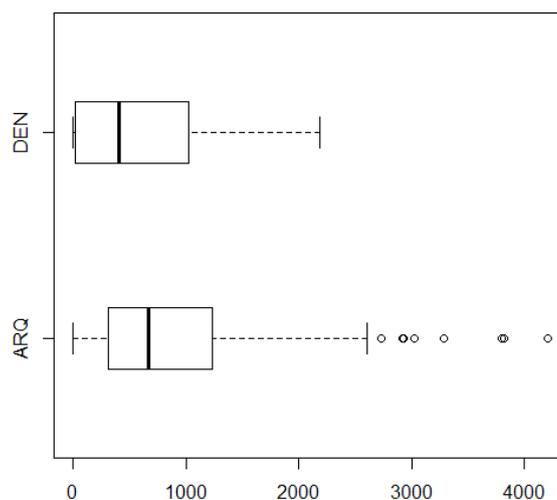
<sup>11</sup> OLIVEIRA, M. V. B. N.; MACHADO, B. A. A análise do fluxo do sistema de justiça criminal (SJC) como técnica de pesquisa empírica no direito e no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017.

ESTATÍSTICA	DENÚNCIAS	ARQUIVAMENTOS
MEDIANA	405	665,5
3º QUARTIL	1022	1233
MÁXIMO	2186	4209

Fonte: Ministério Público Federal.

Assim como no caso da média, os quartis, a mediana e o tempo máximo são maiores no caso de arquivamento. Em investigação de tráfico internacional de pessoas, as investigações se mostram empiricamente mais promissoras — do ponto de vista policial, com possibilidade de se atingir a materialidade e autoria dos delitos — quanto menor o tempo de investigação, o que pode melhor ser observado no gráfico abaixo.

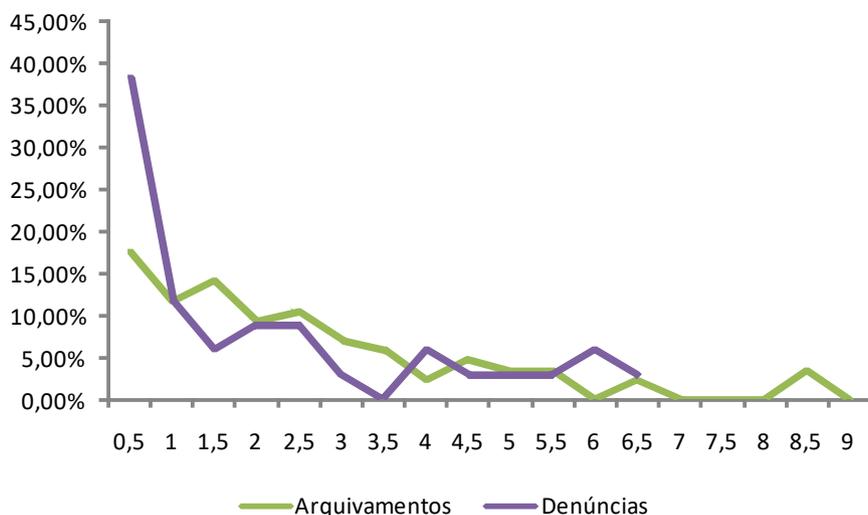
Figura 2 – comparativo do tempo de denúncia e arquivamento



Fonte: Ministério Público Federal.

Utilizando-se de escala semestral, calculou-se o percentual de inquéritos que resultaram em denúncia ou arquivamento em cada período e construiu-se o gráfico da Figura 3 (abaixo). Nota-se, claramente, que, até um ano, o percentual de denúncias (50,00%) é bem superior ao de arquivamentos (29,41%), situação que se inverte após o primeiro ano.

Figura 3 – distribuição percentual dos tempos de denúncia e arquivamento (em anos) – 1ª Região



Fonte: Ministério Público Federal.

A análise do tempo de denúncia e arquivamento correlaciona o fator tempo com as decisões do MP pelo oferecimento da denúncia ou arquivamento. A demora para conclusão dos inquéritos de tráfico internacional de pessoas sugere o comprometimento da prova e se constitui em possível fundamento para os arquivamentos. Os dados colhidos demonstram que o lapso temporal afeta, diretamente, a qualidade da prova produzida, o que confirma estudos realizados na área<sup>12</sup>.

A tabela 3 (abaixo) apresenta o número de processos por motivação para o arquivamento em cada Seção Judiciária pesquisada. Como, para cada processo, pode haver mais de uma razão para arquivamento, não se computou o total para cada Seção Judiciária. Pelo mesmo motivo, os percentuais relativos aos totais por razão do arquivamento são todos calculados em relação ao total de processos, que é de 83 (oitenta e três).

Tabela 3 – distribuição do número de processos por razão do arquivamento

Razão do arquivamento	BA	CE	GO	PA	PE	PR	RJ	SC	SP	Total
Atipicidade	-	-	3	-	1	-	-	1	1	6 (7,2%)
Falta de Provas	1	4	12	-	5	3	4	2	4	35 (42,2%)
Extinção de punibilidade	-	-	4	2	-	-	2	-	4	12 (14,5%)
Outros	3	1	5	3	-	1	-	-	-	13 (15,7%)
Não Informado	3	1	4	2	1	1	3	3	2	20 (24,1%)

Fonte: Tribunais Regionais Federais.

A análise dos arquivamentos evidencia que a maioria dos casos investigados (42,2%) decorreu da ausência de prova, ou seja, a investigação não cumpriu o seu principal objetivo, pois não demonstrou a prática do crime ou atipicidade do fato. Chama a atenção que o segundo motivo, extinção da punibilidade, motivou

<sup>12</sup> MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C.; RAUFF, R. M. Tempos de investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de Justiça Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 143-181, out. 2016.

14,5% dos casos. Os arquivamentos decorrentes da ausência de provas e da extinção da punibilidade supera aqueles fundamentados pela evidência final atipicidade (7,2%), hipótese em que a investigação teria cumprido a sua finalidade e deveria ser considerada como exitosa. Os achados não divergem de outros acúmulos no campo que também apontam para resultados insatisfatórios para a persecução penal do tráfico internacional de pessoas no Brasil<sup>13</sup>.

## 4 As relações organizacionais

A cooperação jurídica internacional para o enfrentamento ao tráfico de pessoas é o esforço de dois ou mais Estados visando atingir um objetivo comum com resultados jurídicos, tenha ou não caráter jurisdicional. A cooperação jurídica internacional não afasta a necessidade de cooperação institucional no plano interno de cada Estado, ou, ainda, entre estes e agentes privados, visando à colaboração para a prevenção e repressão do tráfico, e à proteção às vítimas. Ao analisar as premissas decisórias e as redes de governança, consideram-se não apenas as bases utilizadas pelas organizações que precedem às tomadas de posicionamento e que orientam as suas decisões; o resultado das interações interinstitucionais entre os atores que atuam no sistema de justiça criminal é analisado mediante os dados estatísticos dos processos analisados na pesquisa empírica, complementada pelas entrevistas com Delegados Federais, Membros do Ministério Público Federal e Juízes que, necessariamente, tenham participado de processos por tráfico internacional de pessoas.

### 4.1 Análise a partir das condenações

Na análise organizacional sistêmica, o foco é direcionado para as decisões, formas pelas quais as organizações comunicam. O que supõe considerar, particularmente neste estudo, que as decisões são orientadas por premissas decisórias<sup>14-15</sup>. Entre as premissas decisórias, destacam-se os programas, o pessoal, os canais de comunicação<sup>16</sup> e as autodescrições, quando propiciam guias para operações concretas<sup>17</sup>; os programas, por sua vez, classificam-se em programas condicionais (orientados pelo “input”) e finalísticos (orientados pelo “output”)<sup>18-19</sup>.

O estudo das premissas decisórias das organizações e da forma pela qual se comunicam pressupõe compreender os programas condicionais e os programas finalísticos. Os primeiros estão baseados nos tratados, nas leis e nos atos normativos, definindo causas como desencadeadoras de expectativas (aplicando-se a fórmula se/então), e os segundos, finalísticos, estão baseados nas prioridades e nos planos estratégicos; consideram-se, também, as rotinas cognitivas (cultura organizacional)<sup>20-21</sup>.

<sup>13</sup> COLARES, M. I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: SNJ, 2004, p.26. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_TIP/Publicacoes/2004\\_diagnostico\\_tsh.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2004_diagnostico_tsh.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2018

<sup>14</sup> LUHMANN, N. Organización y decisión. Cidade do México: Herder, 2010.

<sup>15</sup> MACHADO, B. A. Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>16</sup> MACHADO, B. A. Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

<sup>17</sup> SEIDL, D. Organisational identity in Luhmann's theory of social systems. In: BAKKEN, T.; HERNES, T. Autopoietic Organisation Theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003, pp. 123-150.

<sup>18</sup> LUHMANN, N. Organización y decisión. Cidade do México: Herder, 2010.

<sup>19</sup> MACHADO, B. A. Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

<sup>20</sup> MACHADO, B. A. Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>21</sup> MACHADO, B. A.; VIEIRA, P. B. S. O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. Revista de direito internacional, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 484-503.

No campo de enfrentamento ao tráfico de pessoas, o Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, que tem como objetivo a prevenção, o enfrentamento e a proteção às vítimas, é o melhor exemplo de premissa condicional. A atenção às premissas finalísticas são de relevância à compreensão da atuação dos atores que procedem no enfrentamento ao tráfico de pessoas, já que nem todos os países agem premidos pelo mesmo ideal. Estudos de Liz Hales (2017, p. 66), pesquisadora do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, noticiam que o Reino Unido tem se utilizado da bandeira do combate ao tráfico de pessoas para limitar o acesso ao “United Kingdom” (UK)<sup>22</sup>. Alguns países agregam ao tráfico de pessoas outras matérias como o trabalho escravo e as embaralham à exploração sexual e prostituição, retirando o foco do tráfico e contribuindo à repulsa de uma coletividade de pessoas, nas quais se incluem os migrantes que se dedicam ao trabalho exorbitante e à prostituição desejada<sup>23</sup>.

A pesquisa de campo qualitativa, baseada na análise documental dos inquéritos policiais, permitiu aferir a interação dos métodos de investigação e impactos no resultado dos processos: como a investigação interfere no processo judicial? Houve pedido de dilação do prazo para a conclusão das investigações em praticamente 80% dos inquéritos policiais (79,7%), conforme dados da Tabela 4 (abaixo).

Tabela 4 – distribuição do número de IPLs por pedido de dilação de prazo

Dilação de prazo	BA	CE	GO	PA	PE	PR	RJ	SC	SP	Total
Sim	5	4	15	5	7	4	6	3	10	59 (79,7%)
Não	2	1	4	2	-	-	2	3	1	15 (20,3%)
Total	7	5	19	7	7	4	8	6	11	74 (100,0%)

Fonte: Tribunal Regional Federal.

As sucessivas dilatações de prazo do inquérito sugerem prejuízos para a elucidação dos fatos, senão em virtude de seu esquecimento, também em virtude da dificuldade de localização das vítimas em razão da revitimização e também de sua constante mudança de residência. Ao se cruzar a existência de pedido de dilação de prazo com o tipo de sentença, percebe-se, claramente, consoante Tabela 5 (abaixo), que a proporção de sentenças absolutórias é substancialmente maior<sup>24</sup> quando há pedido de dilação de prazo. O lapso do curso das investigações é relevante para o resultado final do fluxo de justiça.

Tabela 5 – distribuição do número de processos pela existência de pedido de dilação de prazo e sentença penal condenatória

Pedido de dilação de prazo	Sentença penal condenatória		
	Sim	Não	Total
Sim	12 (21,8%)	43 (78,2%)	55 (100,0%)
Não	7 (58,3%)	5 (41,7%)	12 (100,0%)
Total	19 (28,4%)	48 (71,6%)	67 (100,0%)

Fonte: Tribunal Regional Federal.

<sup>22</sup> Hales, L. The Criminalisation and Imprisonment of Migrant Victims of Trafficking. Oñati Socio-legal Series [online], v. 8, n. 1, 2017, p. 66.

<sup>23</sup> Jones, J.; Winterdyk, J. Introduction. Human Trafficking: Challenges and Opportunities for the 21st Century. Oñati Socio-legal Series [online], v. 8, n. 1, 2018, p. 6

<sup>24</sup> Valor-p = 0,02858 para o teste do Qui-quadrado.

Em pouco mais de um quarto dos casos pesquisados (26,7%), houve sentença penal condenatória, o que demonstra a baixa efetividade dos processos. A maior parte das sentenças penais condenatórias ocorreu em processos do Estado de Goiás (vide Tabela 6 abaixo).

Tabela 6 – distribuição do número de processos pela existência de sentença penal condenatória

Sentença condenatória	BA	CE	GO	PA	PE	PR	RJ	SC	SP	Total
Sim	1	1	5	4	1	1	1	2	4	20 (26,7%)
Não	1	5	20	2	6	4	7	3	7	55 (73,3%)
Total	2	6	25	6	7	5	8	5	11	75 (100,0%)

Fonte: Tribunal Regional Federal.

Os dados coletados permitiram confrontar o que comunicam a polícia, o Ministério Público e o Judiciário Federal. Os dados sugerem divergência de critérios entre Ministério Público, que oferece a denúncia, e o Judiciário Federal, que julga os casos, a qual pode ser aparente, pois nada impede que o MP requeira a absolvição e que seja acatada pelo tribunal. A Tabela 7 (abaixo) relaciona o número de denunciados (linhas) com o número de condenados (colunas). A diagonal assinalada em azul mostra os casos em que todos os denunciados foram condenados, o que representa 38,57% dos casos de ocorrência: 27 autos.

Tabela 7 – distribuição do número de denunciados x condenados

		Número de condenados								TOTAL
		0	1	2	3	4	5	6	7	
Número de denunciados	1	16	16							32
	2	3	6	7						16
	3	2	4	1	3					10
	4	-	1	1	2	-				4
	5	-	-	-	2	1	-			3
	6	-	-	-	-	-	-	-		-
	7	-	-	-	-	-	-	-	1	1
	8	-	-	-	-	1	-	-	-	1
	9	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	10	-	-	-	-	1	-	-	-	1
	11	-	-	-	1	1	-	-	-	2
TOTAL	21	27	9	8	4	-	-	1	70	

Fonte: Tribunais Regionais Federais.

Por outro lado, a primeira coluna representa os autos em que nenhum dos denunciados foi condenado, o que representa 30% dos casos (21 autos); neste caso o coeficiente de eficácia é zero e não há uma interação entre Ministério Público e Justiça. Obviamente, a área acima da diagonal azul não está preenchida por não ser possível haver mais condenados pela Justiça Federal do que denunciados pelo Ministério Público Federal. Ao cotejar as decisões em segunda instância dos Tribunais Regionais Federais em matéria de tráfico internacional, a reorientação das primeiras instâncias, de acordo com o que decide a hierarquia superior, é inferior a 10% das decisões tomadas, pois grande parte do que é decidido se mantém em grau de recurso. Na grande maioria dos casos, isto é, em 90,3% dos processos (28 dos 31 casos), a condenação é mantida:

Tabela 8 – distribuição do número de condenados em 1ª instância *versus* 2ª instância

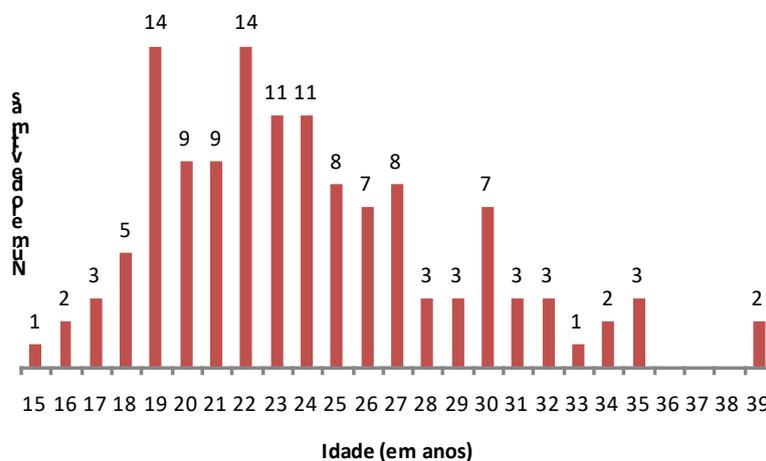
		Condenados em 2ª instância								TOTAL
		0	1	2	3	4	5	6	7	
Condenados em 1ª instância	0	1	-	1	-	-	-	-	-	2
	1	-	12	1	-	-	-	-	-	13
	2	-	-	7	1	-	-	-	-	8
	3	-	-	-	4	-	-	-	-	4
	4	-	-	-	-	3	-	-	-	3
	5	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	7	-	-	-	-	-	-	-	1	1
TOTAL		1	12	9	5	3	-	-	1	31

Fonte: Tribunais Regionais Federais.

A linha azul da Tabela 8 (acima) mostra os casos em que a condenação do número de pessoas em primeira instância foi mantida em segunda instância. A título de exemplo, houve 7 (sete) casos de condenação de duas pessoas em primeira instância que foram mantidos em segunda instância. Em somente três casos, o número de condenados em segunda instância foi superior ao número de condenados em primeira instância para o mesmo processo; em outra análise, houve um caso em que, condenado um indivíduo em primeira instância, houve um aumento de número para 2 (dois) condenados em segunda instância. Todos os casos em que o número de condenados em segunda instância supera o número de condenados em primeira instância encontram-se apresentados na Tabela 7 (acima) acima da linha azul. As confirmações de condenações em segunda instância geram uma expectativa de orientação à primeira instância, de conformação com as decisões de hierarquia superior.

A Figura 4 (abaixo) ilustra a distribuição do número de vítimas por idade (em anos) à época do aliciamento. Enquanto os picos de aliciamento ocorrem com vítimas em idade geralmente aos 19 (dezenove) e 22 (vinte e dois) anos, o maior número de vítimas situa-se na idade entre 19 e 24 anos.

Figura 4 – distribuição do número de vítimas por idade na época do aliciamento



Fonte: Tribunais Regionais Federais.

O estudo também explicitou a idade das vítimas por Unidade Federativa (UF). A Tabela 9 (abaixo) apresenta a distribuição das idades das vítimas por Unidade Federativa (UF). A medida das idades por UF permite afirmar que não há grande variação nos valores, que se situam entre 21 e 25 anos, à exceção do Rio de Janeiro, em que a idade das vítimas está em torno de 29 anos, enquanto, em Santa Catarina, as vítimas para o tráfico internacional se afiguram mais jovens, a partir dos 18 anos.

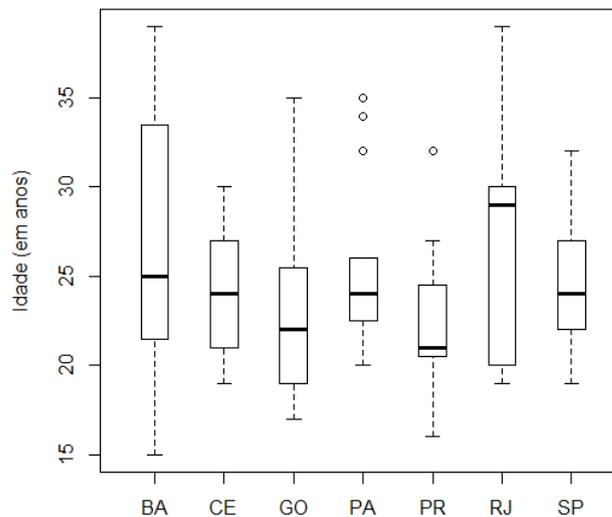
Tabela 9 – idade da vítima por UF

Estatística	BA	CE	GO	PA	PE	PR	RJ	SC	SP
Contagem	11	8	55	15	4	7	9	3	17
Média	26,6	24,1	23	25,3	22,3	22,7	26,9	18,7	24,9
DP	7,6	3,9	4,0	4,7	6,0	5,2	6,6	3,1	3,6
CV	28,7%	16,0%	17,6%	18,7%	27,1%	23,0%	24,7	16,4%	14,6%
Mínimo	15	19	17	20	17	16	19	16	19
1º Quartil	21,5	21	19	22,5	17,8	20,5	20	17	22
Mediana	25	24	22	24	21	21	29	18	24
3º Quartil	33,5	27	25,5	26	25,5	24,5	30	20	27
Máximo	39	30	35	35	30	32	39	22	32

Fonte: Tribunal Regional Federal.

A Figura 5 (abaixo), baseada no gráfico Box-plot, ilustra as idades das vítimas discriminadas por unidade federativa, no Brasil. A aplicação do teste de Análise de Variância nos dados de idade das vítimas das unidades federativas representadas na tabela 8 (acima) não indicou diferença significativa nas idades médias de cada unidade federativa<sup>25</sup>, o que pode ser verificado na figura 5.

Figura 5 – distribuição da idade da vítima (em anos) em função da UF



Fonte: Tribunal Regional Federal.

<sup>25</sup> Valor-p = 0,09638 para o teste de ANOVA.

## 4.2 Redes de governança

A análise intersistêmica pressupõe explicitar as ferramentas da governança em redes utilizadas pelas organizações no enfrentamento ao tráfico de pessoas a fim de se compreenderem os “arranjos” que atuam para aquilo que se denominou chamar de “enfrentamento ao tráfico de pessoas” no Brasil.

A governança deve ser traduzida como “condução institucional”<sup>26</sup> e está vinculada à análise das instituições centradas em seus atores, podendo se referir a arranjos intraorganizacionais; em redes de governança as decisões merecem ser tomadas em alinhamento com uma política pública que norteie a atuação dos atores que atuam no processo de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Evidentemente, isso implica um conceito em que políticas públicas não são formuladas por um único ator público, o Estado, bem como de que inexistente hierarquia pública unificada, mas sim uma rede de organizações com relativa autonomia<sup>27</sup>, o que sugere progressiva diferenciação interna com consequência para o campo organizacional do Estado.

Além de trocas autointeressadas — que podem se referir tanto a produtos e serviços, como a informações — a noção de governança implica em relações de “interdependência, confiança, identidade, reciprocidade e compartilhamento de valores ou objetivos (alta flexibilidade e solidariedade, mas baixa sustentabilidade)”<sup>28</sup>; as organizações devem estar abertas às comunicações com o ambiente de cooperação, sobretudo internacional, no caso de tráfico de pessoas.

As interações organizacionais, caso precedam às decisões, podem evitar lacunas, incoerências e retrabalho, constituindo-se em importante ferramenta de governança e evitando práticas nocivas às políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas; “as interações organizacionais são igualmente relevantes, pois muitas decisões são tomadas por meio de interações sociais”<sup>29</sup>.

O objetivo central que orientou a realização das entrevistas foi conhecer as formas de atuação dos atores que integram as organizações pesquisadas, bem como detectar possíveis interações direcionadas aos processos decisórios. As entrevistas propiciam parâmetros para mapear como atuam diferentes atores envolvidos no fluxo de processo; ouvir os atores permite observar as formas como as organizações interagem (se interação) e decidem.

As entrevistas foram direcionadas para informantes qualificados, assim entendidos aqueles que têm uma qualificação, seja pela vivência ou contato com a matéria objeto da entrevista<sup>30</sup> e se deram de forma semiestruturada, de molde a permitir que os entrevistados, a partir de sua experiência e seguindo o seu pensamento, pudessem participar ativamente da entrevista de acordo com as hipóteses surgidas com as respostas anteriores, tornando aberto o campo da coleta de dados<sup>31</sup>.

A pesquisa evidenciou que o elevado grau de rotatividade dos inquiridos e a contínua dilação de prazos no curso das investigações podem estar ligados à prescrição como causa da extinção da punibilidade em decorrência da elevação do lapso temporal necessário à conclusão. Os delegados de polícia entrevistados apontam a falta de apoio como causa do retardamento das investigações: “não há equipe para ajudar a autoridade policial” (DPF3, SP, escrita)<sup>32</sup>. Aliada à sobrecarga de trabalho, os delegados apontam que a ausência

<sup>26</sup> KENIS, P.; SCHNEIDER, V. (eds.) *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik*. Frankfurt: Campus, 1996.

<sup>27</sup> SCHNEIDER, V. *Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas*. *Civitas*, v.5, n. 1, 2005, p. 49.

<sup>28</sup> PIRES, R.; GOMIDE, A. *Governança e capacidades estatais: uma análise comparativa de programas federais*. *Rev. Sociologia Política*, v. 24, n. 58, 2016, p. 124.

<sup>29</sup> SEIDL, D. *Organization and Interacion*. In: SEIDL, D.; BECKER, K. H. (Ed.). *Niklas Luhmann and Organizationl Studies*. Kristiantad: Kristiantad Boktruyckeri AB, 2005, p. 145-170

<sup>30</sup> BEGNIS, H. S. M.; ESTIVALETE, V. F. B.; PEDROZO, E. Á. *Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil*. *Gestão Produtiva*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 311-322, 2007.

<sup>31</sup> TRIVIÑOS, A. N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais – A pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo, Atlas, 1987.

<sup>32</sup> Para referenciar as entrevistas realizadas durante a pesquisa de doutorado, de maior abrangência, adotamos as seguintes siglas, conservadas neste artigo: Procuradores da República: Procurador 1 – GO (PR1, GO, escrita); Procurador 2 – GO (PR2, GO,

de especialização necessária ao enfrentamento ao tráfico também prejudica o andamento do trabalho e dizem que é necessário treinamento: “treinamento, porque o pessoal ainda não tem *Know how*; pessoal precisa ter um treinamento porque o nosso pessoal recebe essas investigações e fica perdido” (DPF4, CE, oral).

Os Procuradores da República entrevistados foram indagados sobre “o principal sinal evidente de vulnerabilidade (se houve) da vítima em relação ao aliciador durante o aliciamento”. As respostas dos Procuradores foram assim elencadas:

Quadro 1 – sinais de vulnerabilidade da vítima elencadas pelos procuradores

<b>Pobreza</b> e extrema e baixa escolaridade; geralmente o aliciamento se dá — pelo menos nos casos em que atuei — contra vítimas pobres de cidades do interior e com baixo grau de escolaridade (PR1, GO, escrita)	Mulheres <b>pobres</b> com ânsia de ter uma vida financeira melhor (PR2, GO, escrita)
É frequente: haver: (a) prévio envolvimento com prostituição; (b) grave <b>hipossuficiência econômica</b> ; (c) relação de parentesco com aliciador ou intermediário. (PR3, GO, escrita)	É frequente haver: (a) prévio envolvimento com prostituição; (b) <b>grave hipossuficiência econômica</b> ; (c) relação de parentesco com o aliciador ou intermediário. (PR4, GO, escrita)
Promessa de fácil obtenção de <b>dinheiro</b> ? (PR5, GO, escrita)	<b>Dependência econômica</b> para pagamento de despesas de viagem (PR6, GO, escrita)
1 – <b>Pobreza</b> ; 2 – Supremacia material. (PR7, GO, escrita)	<b>Pobreza</b> e baixa instrução (PR8, DF, escrita)

Fonte: Autor.

Em todas as entrevistas realizadas, a questão material aparece nas respostas dos Procuradores da República com vocábulos que se referem, diretamente, à questão: “pobreza”, “pobres”, “hipossuficiência econômica”, “grave hipossuficiência econômica”, “dinheiro”, “dependência econômica” e “pobreza” (duas vezes). A visão sobre a vulnerabilidade da vítima, retratada pelos Membros da Procuradoria da República que atuaram em processos de tráfico internacional de pessoas, refere-se à marginalização econômica; em todas as respostas dos Procuradores, um traço de questão econômica é apontado como fator de vulnerabilidade.

Uma análise das carências relacionadas permite concluir a preocupação dos Procuradores com a necessidade de especialização, não somente de ambientes de persecução (Delegacias e Varas), mas também com técnicas especiais de investigação voltadas ao tráfico de pessoas. O descontentamento é fruto da desarticulação entre as Unidades da Polícia Federal envolvidas na investigação do tráfico de pessoas e a Procuradoria da República. Um diálogo entre as forças de repressão mostra-se necessário para que se dê maior importância na seara investigativa àquelas provas que o Ministério Público Federal entende de maior relevância à propositura da ação penal.

A pesquisa contemplou a percepção da atividade judicial na visão dos Procuradores. Questionados sobre o funcionamento da relação entre Ministério Público e Justiça, 1 (um) Procurador respondeu “ruim” e 7 (sete) responderam “bom”. Ninguém opinou ser a relação “excelente (atende mais de 90% das expectativas)”. Solicitados a informar, de seu ponto de vista, quais são as dificuldades encontradas na relação do trabalho com a Justiça Federal em relação às investigações de tráfico de pessoas (pergunta aberta), 2 (dois)

escrita); Procurador 3 – GO (PR3, GO, escrita); Procurador 4 – GO (PR4, GO, escrita); Procurador 5 – GO (PR5, GO, escrita); Procurador 6 – GO (PR6, GO, escrita); Procurador 7 – GO (PR7, GO, escrita); Procurador 8 – DF (PR8, DF, escrita). Delegados de Polícia Federal: Oral: Delegado Federal 4 – CE (DPF4, CE, oral). Escrita: Delegado Federal 1 – RR (DPF1, RR, escrita); Delegado Federal 2 – BA (DPF2, BA, escrita); Delegado Federal 3 – SP (DPF3, SP, escrita). Juizes Federais: Oral: Juiz Federal 1 – SP (JF 1, SP, oral); Juiz Federal 2 – SP (JF 2, SP, oral); Juiz Federal 3 – RJ (JF 3, RJ, oral). Escrita: Juiz Federal 4 – GO (JF 4, GO, escrita); Juiz Federal 5 – GO (JF 5, GO, escrita); Juiz Federal 6 – GO (JF 6, GO, escrita); Juiz Federal 7 – PE (JF 7, PE, escrita); Juiz Federal 8 – CE (JF 8, CE, escrita); Juiz Federal 9 – RO (JF 9, RO, escrita).

Procuradores registraram as seguintes respostas: “Embora os flagrantes sejam autorizados, as penas costumam ser baixas — atribuo isto ao machismo de nossa cultura que encara o consentimento da vítima como forte atenuante em crimes do tipo” (PR1, DF, escrita); “Pouca prioridade do tema, demora das ações” (PR8, DF, escrita).

Um dos Membros do Ministério Público Federal sugere dado pessoal da formação dos Magistrados durante a atividade jurisdicional: o “machismo”, caracterizado pelo exagerado senso de orgulho masculino e que termina por estereotipar o sexo contrário, agregando-lhe características como a “fragilidade”.

Para os Delegados, um ponto relevante que aparece nas investigações afetas ao tráfico internacional de pessoas é ausência de apoio à autoridade policial após a deflagração das operações: “Não há equipe para ajudar a autoridade policial” (DPF3, SP, escrita). Muito embora a deflagração de uma “operação” pela Polícia Federal encerra uma cena importante no “teatro” da investigação, com o clímax da espetacularização, logo em seguida, os recursos são voltados a novas “operações”, que novamente reproduzirão os holofotes sobre a organização policial, fazendo com que aquele primeiro espetáculo seja paulatinamente esquecido e que seus responsáveis internos sejam lançados ao limbo. A relação entre a Delegada Federal e a Procuradora da República no curso do pedido de cooperação internacional sugere a existência de ruído indesejável no campo da comunicação entre as decisões dos diferentes atores no momento da disputa por um instrumento de poder: o processo de cooperação internacional.

Em relação à vulnerabilidade, as entrevistas sugerem, na percepção dos Magistrados, que a condição financeira das vítimas em suas mais diversas facetas (“precária situação financeira”, “ganho substancial em outra atividade”, “situação financeira”, “vida melhor”, “hipossuficiência”, “dependência econômica”) aparece como fator preponderante à vulnerabilidade das vítimas, contracenando com a abundância econômica (“bolsas melhores”) nas situações de São Paulo. Nem todas as pessoas que se encontram na cena da exploração sexual, servindo à satisfação da lascívia de outrem, se afiguram vítimas e “a correta identificação das vítimas de tráfico de pessoas é essencial para a sua proteção e proteção de seus direitos”<sup>33</sup>.

As entrevistas com os Magistrados permitem mais elementos para compreender a distribuição percentual dos tempos de denúncia e arquivamento; as ações penais por tráfico sofrem os efeitos do tempo, de modo que a “demora excessiva no cumprimento dos atos de cooperação” (JF 9, RO, escrita) e mesmo a ausência de “rapidez no processamento da ação penal a fim de evitar que, com o decurso do tempo, as vítimas não sejam encontradas para depor” (JF 4, GO, escrita) são fatores que precisam ser vencidos para a efetividade da prestação jurisdicional. Em relação aos 9 (nove) Magistrados e Magistradas Federais entrevistados, 3 (três) expuseram alguma deficiência ou necessidade de melhoria da agilidade dos atos de cooperação internacional. O JF 5, GO expôs a necessidade de comunicação às autoridades dos países dos traficantes, o que também importa em cooperação internacional.

## 5 Considerações finais

A pesquisa evidencia a necessidade de redução de tempo como forma para conferir mais efetividade às investigações. Os dados sugerem que maior probabilidade de oferecimento da denúncia quanto menor o tempo de investigação; até um ano, o percentual de denúncias (48,65%) é bem superior ao de arquivamentos (28,47%), situação que se inverte após o primeiro ano. As sucessivas dilatações de prazo do inquérito acarretam prejuízos para a elucidação dos fatos.

Além disso, ao se cruzar a existência de pedido de dilação de prazo com o tipo de sentença, percebe-se,

<sup>33</sup> UNODC. *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York, 2008, P. 257. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf)>. Acesso em: nov. 2018.

claramente, que a proporção de sentenças absolutórias (não condenatórias) é, direta e substancialmente, maior quando há pedido de dilação de prazo durante as investigações. Em relação às decisões em segunda instância dos Tribunais Regionais Federais, em matéria de tráfico internacional, observou-se que grande parte do que é decidido em primeira instância se mantém em grau de recurso.

As entrevistas sugerem que as organizações decidem a partir de distintas premissas finalísticas, muitas vezes em decorrência do interesse do membro que ocupa uma determinada unidade na persecução penal e julgamento do tráfico de pessoas. Adotando essas premissas como vetor de análise, é possível destacar os pontos a seguir detalhados, de acordo com as percepções dos sujeitos da pesquisa.

Os Membros do Ministério Público Federal coincidem que a maior vulnerabilidade das vítimas decorre de sua baixa condição financeira; que a especialização das Delegacias e Varas é um caminho à melhoria de apuração dos crimes e que é imperativa a necessidade de melhoria da prova pela Polícia Federal e a adoção de critérios na apuração do tráfico de pessoas (premissas decisórias). As entrevistas com Delegados evidenciam que a alta rotatividade de autoridades policiais que presidiram os inquéritos e a abundante renovação de pedido de dilação de prazo para a conclusão das investigações prejudicam as rotinas das unidades e acabam prejudicando a investigação.

Os Magistrados Federais entrevistados pontuaram a ausência de celeridade dos pedidos de cooperação internacional e a inexistência de vulnerabilidade de algumas pessoas expostas ao tráfico, de maneira a não configurarem a condição de vítimas, como no caso de São Paulo. Comparando-se as respostas dos Magistrados que contribuíram com a pesquisa (entrevistas escritas) a respeito da existência de sinal evidente de vulnerabilidade das vítimas, observa-se que a questão econômica aparece como principal elemento formador de sua convicção para atestar a vulnerabilidade (premissa decisória).

As respostas aos pedidos de cooperação internacional são peças importantes do “jogo” de interação sistêmica e podem fornecer respostas em como se organizam os atores no processo de enfrentamento ao tráfico. A análise mostra que houve pedido de cooperação internacional na fase policial em mais da metade dos casos, o que evidencia a importância dos arranjos temporários ligados aos pedidos de cooperação internacional durante as investigações.

As entrevistas realizadas, durante as pesquisas de campo, sugerem que a deficiência de integração entre os atores dificulta a gestão de atividades. As interações organizacionais, se precedidas às decisões, podem evitar lacunas, incoerências e retrabalho, constituindo-se em importante ferramenta de governança e evitando práticas nocivas às políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

## Referências

- ADORNO, S. Crise no sistema de justiça criminal. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 50-51, 2002.
- BEGNIS, H. S. M.; ESTIVALETE, V. F. B.; PEDROZO, E. Á. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Gestão Produtiva*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 311-322, 2007.
- BRASIL. Atuação do Departamento de Polícia Federal no combate aos crimes violadores dos direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Polícia Federal, 2016.
- CHO, S. Y. Modelling for determinants of human trafficking: an empirical analysis. *Social Inclusion*, Lisbon, Portugal, v. 3, issue 1, p. 2-21, 2015.

COLARES, M. I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: SNJ, 2004. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_TIP/Publicacoes/2004\\_diagnostico\\_tsh.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2004_diagnostico_tsh.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

EUA. State Government. 2018. Disponível em: <<https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

Hales, L. The Criminalisation and Imprisonment of Migrant Victims of Trafficking. *Oñati Socio-legal Series* [online], v. 8, n. 1, p. 50-70, 2017.

ICMPD. Jornadas Transatlânticas: uma pesquisa exploratória sobre tráfico de seres humanos do Brasil para Itália e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

Jones, J.; Winterdyk, J. Introduction. *Human Trafficking: Challenges and Opportunities for the 21st Century*. *Oñati Socio-legal Series* [online], v. 8, n. 1, p. 1-10. 2018.

KENIS, P.; SCHNEIDER, V. (eds.) *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik*. Frankfurt: Campus, 1996.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, N. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.

LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, B. A. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, B. A.; VIEIRA, P. B. S. O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. *Revista de direito internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 484-503.

MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C.; RAUFF, R. M. Tempos de investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 124, p. 143-181, out. 2016.

OLIVEIRA, M. V. B. N.; MACHADO, B. A. A análise do fluxo do sistema de justiça criminal (SJC) como técnica de pesquisa empírica no direito e no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017.

PIRES, R.; GOMIDE, A. Governança e capacidades estatais: uma análise comparativa de programas federais. *Rev. Sociologia Política*, v. 24, n. 58, p. 121-143, jun 2016.

SEIDL, D. Organisational identity in Luhmann's theory of social systems. In: BAKKEN, T.; HERNES, T. *Autopoietic Organisation Theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003, pp. 123-150.

SEIDL, D. Organization and Interacion. In: SEIDL, D.; BECKER, K. H. (Ed.). *Niklas Luhmann and Organization Studies*. Kristiantad: Kristiantad Boktryckeri AB, 2005, p. 145-170.

SCHNEIDER, V. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. *Civitas*, v.5, n. 1, p. 29-58. 2005.

SNJ. Relatório: indícios de tráfico de pessoas no universo de deportadas e não admitidas que regressam ao Brasil via o aeroporto de Guarulhos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. 88p.

snj; oit. Tráfico internacional de pessoas e tráfico de migrantes entre deportados(as) e não admitidos(as) que regressam ao Brasil via o aeroporto internacional de São Paulo. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

TRIVIÑOS, A. N. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais – A pesquisa qualitativa em educação. São Paulo, Atlas, 1987.

UNODC. Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Nueva York, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077\\_Ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf)>. Acesso em: nov. 2018.

VENTURA, A B. Fluxo do funcionamento da justiça criminal para o crime de homicídio doloso na Região Metropolitana de Florianópolis em 2003. Revista Mosaico Social, ano 3, n. 3, p. 305-319, dez 2006.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Implementação de Políticas Públicas:** desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica

**Public policies implementation:** challenges in the integration of the urban, sanitation and watershed plans

Maria Luiza Machado Granziera

Daniela Malheiros Jerez

# Implementação de Políticas Públicas: desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica\*

## Public policies implementation: challenges in the integration of the urban, sanitation and watershed plans

Maria Luiza Machado Granziera\*\*

Daniela Malheiros Jerez\*\*\*

### Resumo

O presente trabalho trata dos desafios relacionados à implementação dos instrumentos de planejamento das políticas de recursos hídricos, urbanismo e saneamento básico, especificamente em relação aos planos diretores, de bacia hidrográfica e de saneamento básico. Para isso, utiliza a metodologia indutiva, com pesquisa de doutrina e legislação brasileira. O estudo parte da dificuldade em lidar com a dupla dominialidade dos recursos hídricos na maioria das bacias hidrográficas no país, somado à titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e responsabilidade pelo ordenamento do uso do solo, ambas municipais. Conclui-se que, além das articulações e negociações ocorridas nos órgãos colegiados — conselhos de recursos hídricos, de saúde e de saneamento e comitês de bacia hidrográfica — e das audiências públicas, é necessário que se estabeleça, como prática constante, o exercício da governança entre União, Estados e Municípios, inclusive nos meios técnicos envolvidos nas temáticas, para garantir acordos no financiamento e na implementação desses instrumentos, de forma efetiva.

**Palavras-chave:** Governança. Planejamento. Recursos hídricos. Saneamento básico. Uso do solo.

### Abstract

This paper focuses the challenges related to the implementation of the planning instruments provided for water resources, urban and basic sanitation policies. The study starts from the difficulty imposed by the dual hydric domain in most of the river basins in the country, and includes the municipal competences in public sanitation services and in land use planning. It is concluded that, in addition to the articulations and negotiations that took place in the collegiate bodies - water, health and sanitation councils and river basin committees, as well as public hearings, the governance must be established as a constant practice, including the technicians involved in the above-mentioned topics, to secure agreements on the financing and imple-

\* Recebido em 11/08/2019  
Aprovado em 04/12/2019

\*\* Mestre em Direito Internacional (1988) e Doutora em Direito (2000) pela Universidade de São Paulo; Professora Associada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional e professora da Graduação (Direito Ambiental) da Universidade Católica de Santos. Líder do Grupo de Pesquisa ‘Energia e Meio Ambiente’. Advogada em São Paulo, SP, Brasil. E-mail: marialuiza.granziera@unisantos.br

\*\*\* Advogada e graduanda em Ciências Biológicas, ambas pela Universidade de São Paulo (USP); consultora em Direito Ambiental na M. Granziera Consultoria Ltda. e pesquisadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-CeDHE), em São Paulo, SP, Brasil. E-mail: danielamjerez@gmail.com

mentation of these instruments effectively. The methodology used is inductive, with research on doctrine and Brazilian law.

**Keywords:** Governance. Planning. Water resources. Sanitation. Land use.

## 1 Introdução

A água é um direito humano<sup>1</sup> e a qualidade e a quantidade disponível desse recurso para os seus usos múltiplos é objeto de diversas normas nacionais e internacionais. No Brasil, há legislações específicas que tratam do tema de recursos hídricos, como a Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433/1997, e as leis estaduais. No entanto, os recursos hídricos não podem ser geridos de forma isolada em relação ao meio ambiente.<sup>2</sup> Há interface clara dessa política com outras normas que afetam, direta e indiretamente, as águas doces disponíveis, como as políticas de saneamento básico e uso e ocupação do solo.

As leis instituidoras das políticas públicas de recursos hídricos e saneamento básico estabelecem instrumentos de gestão — tais como os planos de bacia hidrográfica e de saneamento básico —, com a finalidade de garantir que se atinjam os objetivos estabelecidos. Nessa matéria, pode-se afirmar de antemão que a qualidade e a quantidade dos recursos hídricos refletem a implementação da política ambiental e da legislação em vigor.<sup>3</sup> A implementação dos planos de recursos hídricos e de saneamento básico constituem o cerne dessa efetividade. Todavia, esse desafio também passa pela necessidade de investimentos vultosos e, além disso, de um firme processo de governança, na medida em que envolvem, necessariamente, ações da União, dos Estados e dos Municípios, no âmbito da dominialidade da água, da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e das competências para regulação do uso e ocupação do solo.

O presente artigo trata dos desafios impostos à gestão das águas seja pela dupla dominialidade dos recursos hídricos (União e Estados), seja por se tratar de recurso ambiental fortemente impactado pelo uso e ocupação do solo e pelos serviços de saneamento básico, que, por sua vez têm como titulares os Municípios. A relação entre essas políticas públicas — recursos hídricos, saneamento básico e desenvolvimento e expansão urbana — envolve, além de impactos econômicos, o direito humano à água, o planejamento urbano, a poluição hídrica e a busca da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de saneamento e das próprias cidades.

Nesse cenário, o presente artigo busca destacar a importância da governança, prevista nos órgãos colegiados — conselhos de recursos hídricos, comitês de bacia hidrográfica e conselhos municipais de saúde ou de saneamento e ainda nas audiências públicas, incluindo a participação da sociedade civil — como um meio para a solução desse desafio imposto pela ordem federativa brasileira.

Para isso, serão abordados aspectos relacionados ao planejamento, concepção e implementação de três instrumentos das políticas, especificamente os planos de bacias hidrográficas, os planos municipais de saneamento básico e os planos diretores municipais,<sup>4</sup> para os quais se exigem esforços adicionais que, além das discussões que hoje ocorrem nos órgãos colegiados, devem envolver, de forma mais efetiva e aprofundada, os atores das áreas técnicas da gestão ambiental, de recursos hídricos, de saneamento básico e de planejamento urbano.

<sup>1</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/RES/64/292*. O direito humano à água e ao saneamento. Distr.: General, 3 August 2010. Disponível em: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292). Acesso em: 7 ago. 2019.

<sup>2</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 551.

<sup>3</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 481.

<sup>4</sup> Os planos diretores são obrigatórios para municípios com mais de 20 mil habitantes, cf. art. 41, I, da Lei nº 10.257/2001. Apesar de apenas 31,6% dos municípios brasileiros estarem obrigados a elaborar os planos de acordo com o critério populacional, esses mesmos municípios possuem 84,6% da população do país (176.384.862 habitantes), segundo a Projeção de População (Revisão 2018) do IBGE.

O estudo limita-se à análise das normas vigentes no Brasil, trazendo uma reflexão acerca da lacuna de previsões legais que efetivamente garantam a governança das águas. Também visa promover o debate sobre o papel dos diferentes atores públicos e privados em relação à qualidade e quantidade dos recursos hídricos disponíveis.

## 2 Políticas públicas de recursos hídricos, planejamento urbano e saneamento básico

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas próprias, que tratam de assuntos específicos, mas que se interconectam de forma lógica, em que a qualidade da água é fator preponderante. A Lei nº 9.433/1997 — Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) — detalha a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), introduzida no país pela Lei nº 6.938/1981, assim como a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) e o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), normas que incluem a proteção da água em seus dispositivos. De outra parte, as Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, estabelecidas pela Lei nº 11.445/2007, embora disponham sobre serviços públicos, também estão conectadas com as políticas ambientais e de águas.

De antemão, destaca-se que a Lei nº 9.433/1997 (PNRH) prevê, em seu art. 1º, como um dos fundamentos dessa política, que “a água é um bem de domínio público”. Esse dispositivo retoma as disposições constitucionais sobre o domínio da água da União (CF/88, art. 20, III) e dos Estados (CF/88, art. 26, I), que vêm sendo adotadas desde a Constituição de 1946 (arts. 34 e 35). A lei também dispõe, como fundamento da PNRH, que a bacia hidrográfica consiste na “unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”.<sup>5</sup> Importa recordar que esse princípio “implica reconhecer que é sobre esse recorte espacial que as ações antrópicas e as degradações decorrentes refletem seu efeito”,<sup>6</sup> com todas as consequências sobre as populações e o meio ambiente.

O critério de domínio adotado na Constituição Federal para definir o domínio das águas — de acordo com a sua localização — significa que, em uma mesma bacia hidrográfica, podem localizar-se corpos hídricos de domínios distintos.<sup>7</sup> Como exemplo, cita-se a Bacia do Rio São Francisco, que abrange sete estados: Bahia, Minas Gerais, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Goiás e Distrito Federal e também 521 municípios.<sup>8</sup>

Sendo a gestão dos recursos hídricos de responsabilidade do ente federado detentor de seu domínio, evidencia-se a necessidade de se coordenar a gestão, ficando clara a importância da articulação institucional — governança — para ultrapassar os entraves impostos pelas normas legais incidentes sobre os mesmos territórios — bacias hidrográficas. Além disso, a gestão participativa implica que outros entes, além dos detentores do domínio da água, façam parte do universo de atores incumbidos de proceder à gestão das bacias hidrográficas.

Adicionalmente, a bacia hidrográfica representa não apenas uma porção geográfica do espaço, mas o objeto de uma série de normas ambientais, de proteção e gestão, a serem compreendidas e aplicadas de modo integrado. Por essa razão a Lei nº 9.433/97 expressamente inseriu (art. 3º), entre as diretrizes norteadoras da Política Nacional de Recursos Hídricos: 1. a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão am-

<sup>5</sup> Lei nº 9.433/1997, art. 1º, V.

<sup>6</sup> SCHUSSEL, Zulma; NASCIMENTO NETO, Paulo. Gestão por bacias hidrográficas: do debate teórico à gestão municipal. *Ambient. Soc.*, v. 18, n. 3, p. 137-152, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422ASOC838V1832015>. Acesso: 23 nov. 2019.

<sup>7</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

<sup>8</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Região Hidrográfica São Francisco*. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/as-12-regioes-hidrograficas-brasileiras/sao-francisco>. Acesso em: 22 jul. 2019.

biental; 2. a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional e 3. articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo.

Paralelamente à necessidade de coordenação do gerenciamento das águas nas bacias hidrográficas com domínios hídricos distintos, outros elementos se colocam. Trata-se da titularidade dos serviços de saneamento básico, hoje consolidada como pertencente aos municípios, e também a responsabilidade desses últimos para regulamentar o uso e ocupação do solo, com implicações diretas na conservação das águas. Esses fatores impõem um grande desafio, considerando que no país há 5.570 municípios com essa titularidade e competência, em diferentes situações de sustentabilidade técnica, institucional e financeira.<sup>9</sup>

O território da bacia hidrográfica é formado pela área — urbana e rural — dos municípios que dela fazem parte. Ou seja, embora os temas de recursos hídricos, uso e ocupação do solo e saneamento básico sejam tratados em leis próprias, de modo que se estabeleça uma maior clareza e uma compreensão mais acurada dos regimes jurídicos aplicáveis a cada tema, existe uma necessária e fortíssima conexão entre a política de desenvolvimento e expansão urbana municipal, os recursos hídricos e os serviços de saneamento. No âmbito municipal, por exemplo, foi estabelecido em 2012 que o conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições dos planos de recursos hídricos (Lei nº 10.257/2001, art. 42-A, § 2º, incluído pela Lei nº 12.608/2012), o que denota a necessidade de integração nos planejamentos, para garantir resultados mais efetivos.

No campo institucional, a compartimentação normativa, de certa forma, se repete, pois em muitos casos há órgãos e entidades no país com atribuições voltados para as questões ambientais e outros direcionados aos recursos hídricos, seja em sede dos Estados ou da União. Os municípios também possuem seus órgãos e entidades, inclusive os encarregados de tratar dos serviços de saneamento básico e meio ambiente, em que se inclui, também a proteção das águas.

Muitas vezes essa compartimentação institucional implica a falsa ideia de que se trata de coisas distintas, uma vez que a complexidade de temas como água e uso e ocupação do solo urbano comporta marco regulatórios próprios. No entanto, “não se desonera da necessidade de regulamentação e promoção executiva de gestão integrada de forma a se tornar eficaz a gestão de elementos que são partes integrantes de um todo maior: o meio ambiente”.<sup>10</sup>

Em verdade, na prática, essas políticas se sobrepõem e não podem ser abordadas de forma compartimentada. Principalmente pela necessidade de cooperação entre os órgãos e entidades dos três entes federados, quando da viabilização dos aportes financeiros necessários à implementação dos instrumentos de gestão e, ao final, a melhoria tanto da qualidade dos serviços públicos de saneamento, como da qualidade e da quantidade disponível da água para garantir os usos múltiplos, um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Nesse cenário, é importante ressaltar que tanto a política ambiental como as políticas de águas instituíram os seus “sistemas de gerenciamento”, que consistem no conjunto de órgãos e entidades com atribuições de gestão e controle ambiental e de recursos hídricos, inclusive com a previsão da participação da sociedade civil. Os municípios contam com a estrutura de suas secretarias municipais para cumprir as competências constitucionais e legais.

O termo “sistema” pode ser definido como um “conjunto de elementos que guardam entre si características comuns, funcionando dessa forma como uma estrutura coordenada”. O Sistema Nacional do Meio

<sup>9</sup> PERES, Renata Bovo; SILVA, Ricardo Siloto da. Análise das relações entre o plano de bacia hidrográfica Tietê-Jacaré e os planos diretores municipais de Araraquara, Bauru e São Carlos, SP: avanços e desafios visando a integração de instrumentos de gestão. *Soc. & Nat.*, Uberlândia, v. 25, n. 2, p. 349-362, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1982-45132013000200011>. Acesso: 24 nov. 2019.

<sup>10</sup> D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. O rio e a cidade: o diálogo jurídico entre o plano hídrico e o plano diretor. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 359-370, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpb/bjpp.v6i3.4487>. Acesso em: 24 nov. 2019.

Ambiente e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos possuem tal característica: são compostos por elementos — órgãos e entidades da Administração Pública — ou a eles equiparados<sup>11</sup>, com atribuições legais voltadas à implementação das políticas e à respectiva gestão dos bens ambientais objeto de sua proteção.<sup>12</sup>

Paralelamente, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, regulamentou a competência municipal para instituir uma política de uso e ocupação do solo por meio dos Planos Diretores, aprovados por lei municipal após um período de planejamento e consultas populares. O planejamento urbano impacta diretamente a qualidade da água, de modo que deveria considerar não apenas o território de um único município, mas todo o espaço de seu entorno. É o caso dos municípios localizados em cabeceiras de bacias hidrográficas, na Zona Costeira ou próximos de ecossistemas frágeis, próximos a Unidades de Conservação (UC) de Proteção Integral, dentro da UC de Uso Sustentável, ou ainda em conturbações, que não podem ignorar, nos processos decisórios relacionados com o uso do solo, os efeitos de seu planejamento sobre as áreas adjacentes.

Nesse sentido, segundo José Afonso da Silva, entre os princípios que devem ser observados durante o processo de planejamento municipal, destaca-se o “respeito e adequação à realidade regional, além do local, e consonância com os planos e programas estaduais e federais existentes, a fim de atender os princípios do planejamento estrutural”.<sup>13</sup>

Para garantir a efetividade das normas, esse conjunto de órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, envolvidos com os temas mencionados, precisa funcionar de forma sistemática, isto é, periodicamente e com agendas coordenadas. Essa articulação é fundamental, pois dela depende, muitas vezes, o equilíbrio do meio ambiente — e as águas são recursos ambientais — declarado como direito de todos, conforme a Constituição estabelece em seu art. 225. Assim, articulação técnica sistemática e permanente deve fazer parte do ambiente de governança necessário para que o planejamento e a implementação dos planos reflita, efetivamente, a melhoria da qualidade e quantidade da água disponível, cidades mais sustentáveis e melhor qualidade de vida para a população, temas previstos na Agenda 2030 (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS).

### 3 A governança das águas e o papel dos municípios

A governança, em matéria de gestão de recursos hídricos, pressupõe, então, que vários atores, públicos e privados, com diversos interesses nesse recurso participarão das discussões sobre o uso e a proteção da água. Em geral, o foco do exercício dessa governança se encontra nos conselhos de recursos hídricos e nos comitês de bacia hidrográfica. Os municípios participam desses órgãos colegiados, seja como poder público, seja também como usuários de recursos hídricos, quando prestam os serviços de saneamento básico por intermédio de órgãos e entidades municipais.

Mas a compreensão da importância do município, em matéria de gestão de águas, extrapola os órgãos colegiados e tem sido menos estudada do que deveria, criando-se uma existência paralela e nem sempre articulada entre os detentores do domínio da água — União e Estados — e os entes municipais, responsáveis pelo planejamento urbano, inclusive pelo uso e ocupação do entorno dos mananciais, e pela titularidade dos serviços de saneamento básico: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos e drenagem urbana. Essa desconexão “marginalizou o papel dos municípios na governança da água e, em alguns casos, permitiu desenvolvam políticas [municipais] que violam diretamente as regulamentações aplicáveis à bacia.”<sup>14</sup>

<sup>11</sup> É o caso das Entidades Delegatárias, previstas na Lei nº 10.881/2004.

<sup>12</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. p. 89.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 136.

<sup>14</sup> GARCÍA, María Mancilla; HILEMAN, Jacob; BODIN, Örjan; NILSSON, Annika; JACOBI, Pedro Roberto. The unique role

Embora representantes do Poder Público, os municípios não detêm o domínio dos recursos hídricos. Todavia, eles são os responsáveis pela política urbana, que deve evitar a poluição e a degradação ambiental (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, VI, g) e, além disso, titulares dos serviços de saneamento básico regidos pela Lei nº 11.445/2007. No meio ambiente urbano:

- há mais demanda do recurso, seja para o abastecimento público, seja para a indústria;
- ocorrem impactos negativos relevantes nos corpos hídricos no que se refere à canalização de córregos, loteamentos clandestinos ou não, invasões, lançamento de resíduos sólidos urbanos e de esgoto doméstico sem tratamento;
- a qualidade da água nos corpos hídricos depende da qualidade dos serviços de saneamento básico, seja no tratamento do esgoto doméstico, seja na coleta, transporte e tratamento de resíduos sólidos urbanos, seja ainda na drenagem, em função das cargas difusas que são carregadas para os rios e lagos nas épocas de chuva;
- as mudanças climáticas causam cada vez mais impactos para a população, por meio dos chamados efeitos danosos das águas, como das enchentes, que anualmente causam sérios prejuízos e mortes e da escassez hídrica.

Nesse sentido, tendo em vista os impactos atuais e futuros, a Nova Agenda Urbana da ONU (Habitat III), na Declaração de Quito sobre cidades e assentamentos urbanos para todos, firmou o compromisso de

promover a conservação e o uso sustentáveis da água por meio da reabilitação dos recursos hídricos nas áreas urbanas, periurbanas e rurais, reduzindo e tratando águas residuais, reduzindo perdas de água, promovendo sua reutilização e aumentando o armazenamento, a retenção e a reposição de água, levando em consideração seu ciclo natural.<sup>15</sup>

É, pois, de fundamental importância considerar a figura do município como ator relevante nas questões relacionadas com a gestão de recursos hídricos. Segundo Estela Maria Neves,

[...] não são necessárias análises mais aprofundadas para identificar a importância [...] dos governos locais na gestão de recursos hídricos [...], pois o município é o único ente governamental capaz de integrar as políticas de gestão de recursos hídricos, saneamento e uso do solo para fins de proteção das águas [...].<sup>16</sup>

Além das questões relacionadas aos serviços de saneamento básico, o Município possui a competência constitucional para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (CF/88, art. 30, VIII). Compete ao município, portanto, inventariar e diagnosticar qual a vocação ecológica das diferentes áreas ou espaços da cidade, definindo quais os seus usos e limitações para que o objetivo seja cumprido.<sup>17</sup> Essa atribuição implica, portanto, que a organização do espaço urbano é condição básica para a proteção ambiental e, consequentemente, dos corpos hídricos e da própria população, cabendo a esse ente federativo um papel relevante na proteção das águas.

O reconhecimento de tal interrelação resultou na inclusão, em 2012, no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), da obrigação de o plano diretor ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei nº 9.433/1997. Esse instrumento, portanto, tornou-se uma

of municipalities in integrated watershed governance arrangements a new research frontier. *Ecology and Society*, v. 24, n. 1, mar. 2019. “[...] served to marginalize the role of municipalities in water governance and, in some cases, enabled them to develop policies that directly violate national regulatory statutes or those of the basin.”

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/RES/71/256*. Nova Agenda Urbana. Português, 2019.

<sup>16</sup> NEVES, Estela Maria Souza Costa. Environmental policy, municipalities and intergovernmental cooperation in Brazil. *Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 137–150, 2012. p. 137.

<sup>17</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 256.

importante ferramenta para o planejamento urbano em bases sustentáveis, pois, se elaborado considerando a variável ambiental no processo de controle do uso e ocupação do solo, incorpora à tradicional função econômica da propriedade privada a dimensão socioambiental.<sup>18</sup>

Dessa forma, conforme Carneiro et al., a gestão integrada entre União, Estados e Municípios, do ponto de vista do Plano Diretor, possibilita a construção de uma gestão sustentável dos recursos hídricos na esfera municipal, que deve necessariamente passar por uma articulação clara entre as diretrizes, objetivos e metas dos planos de recursos hídricos.<sup>19</sup>

Os planos diretores podem, por exemplo, restringir a expansão urbana e ocupação imobiliária em áreas sensíveis ambientalmente, tais como em áreas alagadiças ou de mananciais. É o caso dos fundos de vale, por exemplo, que devem permanecer livres de ocupação, podendo ser destinadas à implantação de parques lineares, que formariam, inclusive, Áreas de Preservação Permanente Urbanas, em atendimento ao Código Florestal. Com esse recurso, a população poderia usufruir de um espaço verde na maior parte do tempo. E, em caso de enchentes, a água invadiria apenas as áreas desses parques, ao invés de pôr em risco as populações e os bens públicos e privados. Tal decisão, contudo, é do Município, embora se esteja, em verdade, protegendo, além da cidade, o próprio rio ou lago e, ao final, dependendo de sua localização, uma parte da bacia hidrográfica, bens que não pertencem a esse ente federativo.

No entanto, ainda que as normais ambientais e os planos diretores prevejam restrições ao uso e ocupação do solo em áreas com impacto direto na quantidade e qualidade dos recursos hídricos, como nos entornos de áreas de mananciais, observa-se que há diversas ocupações consolidadas ameaçando a preservação ambiental. É o caso do entorno das Represas Billings e do Guarapiranga, na zona sul do município de São Paulo, na qual os loteamentos clandestinos, apenas nas áreas de propriedade da Empresa Metropolitana de Águas e Energia (Emae), somam mais de 1,5 milhão de pessoas.<sup>20</sup>

Esses casos exigem, além de um planejamento estratégico, uma gestão ambiental conjunta da bacia, uma vez que esta deve ser mais restritiva na garantia da proteção ambiental para que seus efluentes e a poluição decorrentes da ocupação irregular no entorno da bacia não deteriorem a qualidade das águas e ofereçam riscos à saúde da população, ao mesmo tempo em que se exige atuação em relação às vulnerabilidades sociais, respeitando a dignidade humana.<sup>21</sup>

## 4 O planejamento de recursos hídricos, de saneamento básico e de uso e ocupação do solo

As atividades de planejamento e gerenciamento de recursos hídricos são geralmente motivadas pela percepção de que há problemas para resolver e oportunidades para obter aumento dos benefícios do uso de água e do território.<sup>22</sup> O planejamento seria a forma de conciliar recursos escassos com necessidades abundantes. Trata-se de uma função técnica que demanda um esforço de previsão, de harmonização e de

<sup>18</sup> GALLO PIZELLA, Denise. A relação entre Planos Diretores Municipais e Planos de Bacias Hidrográficas na gestão hídrica. *Ambiente & Água: An Interdisciplinary Journal of Applied Science*, v. 10, n. 3, p. 635-645, jul./set. 2015.

<sup>19</sup> CARNEIRO, P. R. F.; CARDOSO, A. L.; AZEVEDO, J. P. S. O planejamento do uso do solo urbano e a gestão de bacias hidrográficas: o caso da bacia dos rios Iguaçú/Sarapuí na Baixada Fluminense. *Cadernos Metrôpole*, v. 19, p. 165-190, 2008.

<sup>20</sup> O ESTADO DE SÃO PAULO. *Em menos de 1 ano surgem 32 invasões às margens de Guarapiranga e Billings*. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,em-menos-de-1-ano-surgem-32-invasoes-as-margens-de-guarapiranga-e-billings,10000078072>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 4. *Efetivação das metas de qualidade das águas no Brasil: atuação estratégica para a melhoria da qualidade das águas*. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Brasília: MPF, 2018. p. 133.

<sup>22</sup> LOUCKS, Daniel P.; VAN BEEK, Eelco. *Water resources systems planning and management: a introduction to methods, models and applications*. UNESCO, 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001434/143430e.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

programação, além da implementação de ações. É o que se pode chamar de gerenciamento.

Antes que qualquer plano possa ser desenvolvido, os objetivos devem estar inseridos em um acordo: quais usos serão protegidos, quais índices de qualidade serão buscados, quais compromissos devem ser acertados entre os usos conflitantes. Conhecidos os objetivos, e tendo havido consenso, é necessário buscar um caminho para realizá-los. Por essa razão, há a necessidade de traçar diretrizes de implementação do plano, buscando estratégias factíveis e acordadas entre todos os atores envolvidos, garantida a participação da sociedade civil, para que os instrumentos e demais ações propostas possam ser implementadas. E sobretudo ajustar os meios de acesso aos recursos financeiros necessários à implementação das medidas definidas em comum acordo.

Os planos de recursos hídricos constituem instrumentos técnicos que abordam um espaço determinado: a bacia hidrográfica, cuja delimitação deve ser especificada no ato de criação do respectivo comitê de bacia hidrográfica (plano de bacia hidrográfica) responsável por sua gestão, um Estado da Federação (plano estadual de recursos hídricos) ou ainda o território nacional (plano nacional de recursos hídricos). Os planos de bacia hidrográfica estão sob a responsabilidade dos órgãos e entidades federais e estaduais, de acordo com o domínio do curso de água principal.

Trata-se, dessa forma, do instrumento orientador das ações a serem realizadas na bacia hidrográfica, com vistas, em última análise, à melhoria da qualidade e quantidade do recurso. Na Política Nacional de Recursos Hídricos fixou-se, como norma jurídica, que o Plano de Recursos Hídricos é o instrumento que vem em primeiro lugar, por sua importância.<sup>23</sup>

#### 4.1 Planejamento do saneamento básico

No âmbito municipal, ou seja, em cada município que forma o território da bacia hidrográfica, é obrigatória a elaboração de um plano municipal de saneamento básico. Esse instrumento possui um foco de busca da universalização e melhoria da qualidade dos serviços. Como uma forma lógica de fazer a conexão entre os dois instrumentos de planejamento, a Lei nº 11.445/2007, determina, no art. 19, § 3º, que “os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos”.

Trata-se, no âmbito do saneamento básico, da única disposição legal que expressamente coloca o plano de recursos hídricos da bacia hidrográfica como um instrumento a ser observado pelos municípios. Essa questão é relevante na medida em que as Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico tratam de serviços públicos que são, em sua essência, estreitamente relacionados com os recursos hídricos, muito além constituir um setor usuário da água, submetido à obtenção de outorgas de direito de uso de recursos hídricos e à cobrança pelo uso da água.

##### 4.1.1 Abastecimento de água potável

O abastecimento de água potável, cujo atendimento atinge 83,5% da população brasileira<sup>24</sup> depende de mananciais confiáveis e protegidos. Quanto mais protegido o manancial, melhor será a qualidade da água, e menos custoso será o tratamento da água para que atinja os padrões de potabilidade. Nos mananciais com ocupações irregulares, por exemplo, as habitações precárias instalam-se de forma desordenada, sem os devidos cuidados ambientais, como no entorno de corpos d'água e áreas íngremes.

Cabe destacar, também, a necessidade de manutenção das redes de distribuição de água potável, de forma a diminuir as perdas físicas (provocadas por vazamentos em diversas partes do sistema). Dados do

<sup>23</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 234.

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico dos serviços de água e esgotos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS) indicam as seguintes médias de perdas de água potável por região: Norte: 47,32%; Nordeste: 46,26%; Sudeste: 34,73%; Sul: 36,29%; e Centro Oeste: 34,97%.<sup>25</sup> Essas perdas comprometem a gestão de recursos hídricos uma vez que, para suprir a demanda pelo consumo de água, as prestadoras desse serviço necessitam captar mais água dos mananciais, tendo em vista o cálculo do que será perdido.

É certo que corrigir as perdas também implica custos para o prestador. Todavia, além do aspecto de melhor uso desse recurso finito, se a água está tratada, clorada e com adição de flúor, do ponto de vista financeiro já houve investimento suficiente para que se não deixe de considerar a importância de haver redes em bom estado de manutenção.

Aqui se coloca um relevante fator de cunho econômico: em muitos municípios, sobretudo quando os serviços são prestados diretamente pelo município, ou por uma entidade municipal (autarquia ou empresa pública), não se calcula o que seria a equação econômico financeira dos serviços. E a tarifa tende a ser, por razões políticas, muito abaixo de seu custo real. Dados do SNIS de 2017 indicam que, de um total de 1.501 prestadores de serviços locais que declaram informações, 57,8% informam ter receitas inferiores às despesas, ou seja, há déficit na prestação do serviço. Desse total, 339 informam valor das receitas iguais a zero, ou seja, que não cobram pelos serviços prestados.<sup>26</sup>

Na prática, o cálculo do equilíbrio econômico financeiro do serviço somente se efetua nos casos de contratos de concessão com empresas privadas, ou contratos de programa com empresas estaduais de saneamento básico, por disposição legal (Lei nº 8.987/1995). Dessa forma, é necessário que a tarifa de água seja minimamente representativa dos custos reais, pois se assim não for, haverá distorção.<sup>27</sup>

Mas as perdas extrapolam o fator econômico. Se o recurso é escasso, — e ele está cada vez menos disponível — não se justifica que o prestador do serviço capte mais água dos corpos hídricos, em detrimento de outros usuários, em face da previsão de perdas no seu sistema por vazamentos na rede de distribuição. Essa atitude é antiética e ilegal, pois fere a normativa contida na Política Nacional de Recursos Hídricos, já que um de seus objetivos é “o uso racional” (art. 2º, II) e um de seus fundamentos é “a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas (art. 1º, IV).

Ou seja, não é apenas o usuário que deve economizar a água que consome. São os prestadores do serviço de saneamento básico que devem fazer a devida manutenção das redes, garantindo o uso racional e evitando o desperdício. E nesse caso, o Município, como titular do serviço, é o responsável por tais providências, direta (quando ele é o prestador) ou indiretamente (quando os serviços são prestados por intermédio de terceiros — contratos de concessão ou de programa).

Paralelamente, quando ocorrem perdas por vazamentos na tubulação, pode também ocorrer contaminação da água, em caso de variação da pressão, fato mais notado em épocas de escassez hídrica. Vale lembrar que qualidade é medida apenas na saída da Estação de Tratamento de Água e não na entrada do domicílio, quadro que não deixa de apresentar riscos para a saúde das pessoas.

#### **4.1.2 Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos**

A limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, também serviços de saneamento básico, são fatores de grande poluição dos rios e da água do mar, se houver falha nos serviços coleta, transbordo, tratamento e

<sup>25</sup> TRATA BRASIL. *Desafios para disponibilidade hídrica e avanço da eficiência do saneamento básico*. 2018. p. 36. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/perdas-2018/estudo-completo.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico dos serviços de água e esgotos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

<sup>27</sup> Essa realidade tende a se modificar ao longo dos anos, com a atuação das Agências de Regulação dos Serviços de Saneamento Básico, incumbidas de proceder à revisão das tarifas, decisão que dessa forma sai do âmbito das prefeituras e do viés político.

disposição final dos resíduos, sob responsabilidade dos municípios.

De acordo com o SNIS, em 93,9% dos municípios, esse serviço é prestado pela administração pública direta. Tratando apenas da população urbana, estima-se que ainda há um contingente de 2,3 milhões de habitantes não atendidos pelo serviço regular de coleta de resíduos domiciliares. Ainda assim, em 2017, foram coletadas 166,0 mil toneladas de resíduos domiciliares e públicos nos municípios brasileiros por dia, sendo que pouco mais da metade da quantidade total coletada é executada nos 111 municípios que têm populações urbanas acima de 250 mil habitantes.<sup>28</sup>

Do total de 60,6 milhões de toneladas coletadas no país em 2017, 50 milhões de toneladas (82%) foram enviadas aos lixões, aterros controlados e aterros. Parte dos resíduos sólidos que não têm destinação ou disposição final adequada — equivalente a 23,2% da massa de resíduos coletados no país<sup>29</sup> — vão parar, por força da gravidade, nos rios. Um ponto a destacar é que, quando os resíduos se encontram em solo urbano, eles constituem um problema a ser solucionado pelo município.

Ao serem direcionados aos rios e lagos, esses resíduos e passam a ser uma atribuição da União ou do Estado, de acordo com o domínio do corpo hídrico. Note-se que há um componente econômico nessa transferência de responsabilidade. Ou o Município trata efetivamente dos resíduos ou caberá ao Estado ou à União buscar os meios necessários para garantir a despoluição dos recursos hídricos sob seu domínio.

#### 4.1.3 Esgotamento sanitário

O esgotamento sanitário, considerando os baixos índices de atendimento desse serviço no país — esgotos urbanos lançados *in natura* —, é o maior fator de poluição hídrica dos rios, lagos e águas do mar e fonte de preocupação dos governos e da atuação do Ministério Público, pela poluição da água ou, no mínimo, pela alteração de sua qualidade, principalmente no que toca ao abastecimento das populações a jusante do corpo hídrico receptor.

As redes coletoras de esgotos alcançam 61,4% da população urbana brasileira, restando 65,1 milhões de pessoas nas cidades do País que não dispõem de sistema coletivo para afastamento dos esgotos sanitários. E nem todo esgoto coletado é conduzido a uma estação de tratamento: apenas 55% do esgoto gerado no país é coletado pela rede de esgotamento sanitário e, destes coletados, apenas 83,2% são tratados.<sup>30</sup> A parcela atendida com coleta e tratamento dos esgotos representa 42,6% da população urbana total. Desse modo, 96,7 milhões de pessoas não dispõem de tratamento coletivo de esgotos.<sup>31</sup>

As consequências dos baixos índices de saneamento são diversas e, entre elas, estima-se que mais de

110 mil km de trechos de rio estão com a qualidade comprometida devido ao excesso de carga orgânica, sendo que em 83.450 km não é mais permitida a captação para abastecimento público devido à poluição e em 27.040 km a captação pode ser feita, mas requer tratamento avançado.<sup>32</sup>

Para que essa água possa ser captada por outro município, no mesmo rio, a jusante do primeiro, mais complexo — e caro — será o seu tratamento, pois “a consequência de haver mais de uma forma de despejar os esgotos sanitários em corpos hídricos (tratados e não tratados) consiste no comprometimento da

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico do manejo de resíduos sólidos urbanos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico do manejo de resíduos sólidos urbanos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

<sup>30</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico dos serviços de água e esgotos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

<sup>31</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Atlas esgotos: despoluição das bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

<sup>32</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Atlas esgotos: despoluição das bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

qualidade dos rios e lagos, em desrespeito à legislação em vigor<sup>33</sup>. Ou seja, a disponibilidade de água para o abastecimento público depende, entre outros fatores, do tratamento dos esgotos domésticos, questão que o país ainda não conseguiu equacionar.

Certamente, o índice de poluição que o lançamento de esgotos provoca no corpo receptor depende de outras condições, como a vazão do rio, o declive, a qualidade do corpo hídrico, a natureza dos dejetos etc. Mas estará sempre degradando, em maior ou menor grau, a qualidade das águas, o que repercute diretamente na quantidade de água disponível ao abastecimento público. Em tempos em que o risco de escassez hídrica está se tornando permanente, a falta da prestação desse serviço é cada vez menos justificável. Ademais, as doenças causadas por veiculação hídrica constituem um fator relevante de atendimentos e internações no Sistema Único de Saúde, onerando o Estado.

#### 4.1.4 Drenagem urbana

Os serviços de drenagem urbana, por sua vez, também possuem conexão com os recursos hídricos, na medida em que buscam evitar inundações. A chamada poluição difusa, produto da disposição de toda sorte de resíduos no solo urbano, constitui parte relevante das cargas poluidoras carregadas pela água da chuva nos corpos hídricos. Esse tema é relevante e a Lei nº 11.445/2007 prevê o tratamento e a disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (art. 3º, I). Estima-se que, dentre os municípios participantes do SNIS sobre Águas Pluviais em 2017, 1.932 (51,8%) possuem sistema exclusivo para drenagem e 891 (23,9%) possuem sistemas unitários, em que as águas pluviais e esgotos sanitários são conduzidos pela mesma rede.<sup>34</sup>

Ocorre que, devido à expansão urbana, ao aumento da impermeabilização do solo e à obstrução do escoamento pelos resíduos sólidos descartados de forma irregular, nas épocas de chuva, muitas cidades brasileiras são invadidas por todo tipo de resíduo, trazido pelas águas das enchentes. As consequências da má drenagem de águas pluviais são graves tanto para o meio ambiente — contaminação da água e do solo, como também para a população residente nas áreas atingidas, que sofrerá danos mais graves tanto econômicos como de saúde, também onerando o Sistema Único de Saúde.

## 4.2 Planejamento do uso e ocupação do solo

As leis orgânicas dos Municípios muitas vezes determinam que o poder público local exerça suas atividades com base em um processo de planejamento permanente, descentralizado e participativo. Isto é, os Municípios devem definir seus objetivos em função da realidade local e da manifestação da população, criando, ainda, meios para atingi-los e formas de monitoramento e avaliação de resultados.<sup>35</sup>

Entre os instrumentos de planejamento municipal, o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, nos termos da Lei nº 10.257/2001, em seu art. 40. As diretrizes e prioridades definidas no Plano Diretor devem ser incorporadas nos demais instrumentos municipais, como o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Por esse motivo, no processo de elaboração e fiscalização da implementação do Plano Diretor, deverão ser realizadas audiências públicas e debates que garantam a participação da comunidade e dada publicidade e fácil acesso aos documentos e informações produzidos.

Do ponto de vista do seu conteúdo, o Plano Diretor deve definir a ordenação do solo territorial. Cabe a esse instrumento, entre outras disposições, definir o sistema de zoneamento, que abrange o estabelecimento

<sup>33</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Qualidade da água: um enfoque jurídico e institucional do reúso indireto para fins potáveis. *Novos Estudos Jurídicos*, p. 453-482. DOI: 10.14210/nej.v24n2.

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico do manejo das águas pluviais urbanas – 2017*. Brasília: SNS/MDR, 2019.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 135.

de zonas de uso do solo e os modelos de assentamento urbano e as áreas verdes urbanas que desempenhem função ecológica, paisagística e recreativa, propiciando a melhoria da qualidade estética, funcional e ambiental da cidade, sendo dotado de vegetação e espaços livres de impermeabilização, conforme definido pela Resolução CONAMA nº 369/2006, art. 8º, § 1º.

Assim, os planos diretores municipais têm a possibilidade, desde o processo de planejamento, de considerar as metas e diretrizes dos planos de bacia hidrográfica no qual seu território se insere e incorporar no seu planejamento a análise das atividades humanas que afetam os recursos hídricos, especialmente no que tange à expansão urbana, a proteção de mananciais, a localização de indústrias e normas para o setor de irrigação e saneamento.

A alteração realizada pela Lei nº 12.608/2012 no Estatuto da Cidade trouxe de forma direta a relação entre o instrumento municipal e a gestão de recursos hídricos. Tal consideração já poderia ser inferida de diversos dispositivos da Lei nº 10.257/2001, como do objetivo de garantir o “direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I). Embora não esteja expresso no texto, a água insere-se de forma transversal em quase todos esses direitos. A partir de 2012, porém, está previsto expressamente que conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos (art. 42-A, § 2º).

## 5 Concepção dos planos

Há uma relação intrínseca entre União e Estados, responsáveis pela gestão das águas e pela implementação dos instrumentos de gestão das políticas de águas, e os Municípios, a quem compete o ordenamento territorial e a atuação como titulares de serviços de saneamento básico que, se não prestados de forma adequada, de acordo com as características regionais, são os principais agentes causadores da poluição hídrica, com riscos à saúde e pesando sobre o Sistema Único de Saúde (SUS).

A elaboração do plano de bacia hidrográfica, por sua vez, deve considerar a situação de cada município e os estudos realizados em âmbito local para a elaboração de seus próprios instrumentos de planejamento municipal, identificando aqueles que, por exemplo, possuem assentamentos irregulares no entorno de mananciais e, ainda, não tratam seus esgotos e que não prestam de forma correta os serviços de limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana. Para tanto, a articulação entre os técnicos deve ser sistemática. Trata-se, em realidade, de um trabalho de mão dupla.

A Resolução do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) nº 145/2012, norma que estabelece as diretrizes para a elaboração de Planos de Recursos Hídricos de Bacias Hidrográficas, regulamentando a Lei nº 9.433/1997 nesse aspecto, ao tratar da “articulação para harmonização do plano de recursos hídricos da bacia com outros planos e estudos”, dispõe que os planos de bacia devem considerar os demais planos, programas, projetos e estudos existentes relacionados à gestão ambiental, aos setores usuários, ao desenvolvimento regional, ao uso do solo, à gestão dos sistemas estuarinos e zonas costeiras, incidentes na área de abrangência das respectivas bacias hidrográficas (art. 8º).

Indiretamente, a norma menciona temas relacionados com a competência dos municípios, como o uso do solo e mesmo os setores usuários, pois o saneamento é um importante usuário da água. Mas não fica explícita a relação intrínseca entre os impactos que o mau planejamento do uso do solo e a prestação deficiente dos serviços de saneamento básico causam na qualidade dos recursos hídricos.

Além disso, a citada norma menciona a palavra “saneamento” apenas quando trata do conteúdo do diagnóstico da situação dos recursos hídricos, que deverá incluir, entre outros, a “avaliação do saneamento ambiental” (art. 11, III). Ainda assim, não utiliza a terminologia da Lei nº 11.445/2007, que é “saneamento básico”.

Observa-se que não há uma disposição específica, na norma que orienta a elaboração de planos de recursos hídricos, acerca dos aspectos de qualidade das águas localizadas nos espaços urbanos em relação aos serviços públicos de saneamento básico. Perdeu-se, nessa omissão, uma excelente oportunidade de fazer incluir, de forma explícita, a necessária relação existente entre os serviços de saneamento e os seus impactos nas águas urbanas.

Disso decorre que, não havendo norma fixando de forma clara essa conexão, a decisão de incluir tais informações nos planos de recursos hídricos fica restrita a uma certa discricionariedade dos gestores de recursos hídricos, responsáveis pela contratação desses planos, que deveriam incluir tais condições nos Termos de Referência que servirão de base para a contratação dos serviços de elaboração dos planos. Ausente essa condição nos Termos de Referência, o contratante sequer poderá exigir que os trabalhos contemplem essa necessária conexão. O art. 43, VI da Lei nº 8,666/1993 é claro ao incluir, como um dos procedimentos de julgamento das propostas, a “verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital”.

De outro lado, quando da elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico, os técnicos responsáveis por sua elaboração ou contratação devem olhar não apenas o serviço prestado no município, mas a qualidade dos corpos hídricos localizados nesse território e os impactos dos serviços municipais de saneamento na qualidade das águas. A partir daí, na elaboração das propostas de ações, a qualidade dos corpos hídricos do entorno não pode ser desconsiderada. Da mesma forma, é nos Termos de Referência da contratação dos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB) que deve constar essa condição.

Percebe-se que o planejamento não pode ser compartimentado, seguindo apenas o manual de competências e atribuições de cada ente federativo. É preciso ir além, e considerar a necessidade de governança — articulação prévia, sistemática e organizada periódica não apenas política, mas também e principalmente de cunho técnico entre os atores incumbidos da elaboração dos diversos planos relacionados com a água.

Afinal, a comunidade internacional vem alertando para os problemas de escassez provocados pelas mudanças climáticas, o que já vem sendo sentido no Brasil. Essa questão é tão estratégica que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de julho de 2010, declarou, por meio de sua Resolução A/RES/64/292, o acesso à água potável e ao saneamento básico como direitos humanos.<sup>36</sup>

## 6 Implementação dos planos

Uma vez elaborados os planos, a mesma necessidade de governança se pode dizer acerca da sua implementação. Tanto nos planos de bacia hidrográfica, como nos planos municipais de saneamento básico, as ações propostas referem-se a temas diversos, a serem realizadas por atores distintos.

No âmbito dos municípios, várias são as secretarias envolvidas com a implementação do plano de saneamento: planejamento, obras, saúde, meio ambiente, serviços, educação e outras, de acordo com a organização político-administrativa de cada município. O mesmo ocorre para a implementação do plano diretor, em geral de responsabilidade da secretaria de desenvolvimento urbano, mas que também envolve as responsáveis por planejamento, meio ambiente, obras e licenciamentos.

Somente se houver um sistema de articulação permanente entre essas secretarias municipais, para compreender com exatidão o âmbito e os limites da participação de cada uma delas, haverá êxito na implementação e o plano poderá ser considerado como um diferencial em relação à qualidade, não apenas dos serviços públicos de saneamento e de desenvolvimento urbano, mas também dos recursos hídricos do entorno do território, com importantes rebatimentos na saúde e bem-estar da população.

<sup>36</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/RES/64/292*. O direito humano à água e ao saneamento. Distr.: General, 3 August 2010. Disponível em: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292). Acesso em: 7 ago. 2019.

O mesmo se pode dizer do plano de bacia hidrográfica. O plano de ações diz respeito a inúmeros atores, inclusive os municípios localizados nesse espaço geográfico. Na sua implementação, por exemplo no que diz respeito às metas de racionalização de uso (Lei nº 9.433/97, art. 7º, IV), se o plano dispuser que há obrigatoriedade de implantação, pelos usuários, de programas de racionalização do uso de recursos hídricos, com metas estabelecidas nos atos de outorga, caberá aos municípios, na qualidade de usuários, implantar tais metas e promover incentivos e fomentos a ações voltadas para a redução de perdas e desperdícios nos sistemas urbanos de abastecimento de água.

Um exemplo de ação que necessita de articulação para a sua implementação é a proposta de criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos. Os parques lineares, correspondentes aos trechos urbanos dos rios, enquadram-se nessa categoria. E a competência para criá-los é dos municípios de acordo com as diretrizes de seu plano diretor, a menos que se trate de um rio muito importante em região metropolitana. Esse sistema de decisões deve, portanto, ser construído em conjunto desde o início, mediante a comunicação, e a articulação no âmbito dos sistemas de gestão, incluindo a União, os Estados e os Municípios. Sem o exercício da governança, dificilmente esses interesses comuns poderão tornar-se realidade.

## 7 Comitês de Bacia Hidrográfica e a governança entre os entes

Os Comitês de Bacia Hidrográfica integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e compete a eles aprovar e acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir as providências necessárias ao cumprimento de suas metas, conforme prevê a Lei nº 9.433/1997, em seu art. 38. Criados com o intuito de promover a necessária gestão descentralizada entre órgãos e entidades atuantes na política do uso de recursos hídricos, os comitês atuam como um órgão colegiado, com funções consultivas e deliberativas. Constituem, dessa forma, a instância mais importante de participação e integração do planejamento e das ações na área dos recursos hídricos, posto que se trata do fórum de decisão sobre a utilização da água no âmbito das bacias hidrográficas.<sup>37</sup>

Os Comitês reúnem representantes das três esferas da administração pública: União, Estados e Municípios, além de usuários de água, como o saneamento básico e entidades civis de recursos hídricos, além de organizações não governamentais e universidades. A participação ativa dos municípios nesses espaços é de extrema importância, uma vez que é no território municipal que produzem os principais impactos aos recursos hídricos, seja pela irregularidade de ocupação do solo, gerando contaminação do lençol freático, seja pela ineficiência da prestação do serviço de saneamento básico, todos de competência municipal.

Dessa forma, o Comitê de Bacia Hidrográfica necessita estar mais próximo das instâncias municipais ligadas à área ambiental e de planejamento urbano. Muitas vezes, no processo de elaboração dos Planos de Bacia, a participação dos municípios limita-se ao fornecimento de dados para a etapa de diagnóstico, sem que participem ativamente do processo de elaboração.

Conforme Gallo Pizzella, o município necessita

elaborar seu próprio diagnóstico e prognóstico socioambiental na forma de zoneamentos ambientais para que o Plano reflita a situação real da bacia e opine em sua fase prognóstica, onde serão definidas as metas de melhoria progressiva da qualidade das águas doces superficiais, os termos de outorgas sobre o uso dos recursos hídricos, a cobrança pelo uso das águas, o enquadramento dos cursos d'água, dentre outras questões.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 161-162.

<sup>38</sup> GALLO PIZELLA, Denise. A relação entre Planos Diretores Municipais e Planos de Bacias Hidrográficas na gestão hídrica. *Ambiente & Água: An Interdisciplinary Journal of Applied Science*, v. 10, n. 3, p. 635-645, jul./set. 2015.

Trata-se, portanto, de uma via de mão dupla, uma vez que o planejamento municipal — de uso do solo e de saneamento básico — deve alimentar o diagnóstico e as diretrizes do plano de bacia. Da mesma forma que a existência de um plano de bacia hidrográfica vincula o plano diretor a respeitar suas metas.

Do ponto de vista da gestão de recursos hídricos, os Comitês de Bacia Hidrográfica podem abrir espaço para ser o órgão de integração regional dos órgãos e entidades governamentais das três esferas e criar planos diretores — de bacia hidrográfica e de saneamento básico — mais eficientes e participativos, cumprindo os objetivos das leis que os instituíram, tais como: aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponível (Lei nº 9.433/1997, art. 7º, VI); promoção do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (Lei nº 10.257/2001, art. 1º, parágrafo único); e universalização do acesso ao saneamento básico (Lei nº 11.445/2007, art. 2º, I).

## 8 Considerações finais

Segundo o Atlas Esgotos, publicado em 2017 pela Agência Nacional de Águas,

o déficit de atendimento dos serviços de esgotamento sanitário no Brasil tem resultado em parcela significativa de esgotos sem tratamento e sem destinação adequada, por vezes dispostos diretamente nos corpos d'água, comprometendo a qualidade das águas para diversos usos, com implicações danosas à saúde pública e ao equilíbrio do meio ambiente.<sup>39</sup>

Nas cidades, esses impactos tornam-se ainda mais evidentes, com a elevada demanda por recursos hídricos e os baixos índices de cobertura adequada do serviço de esgotamento sanitário, além de parte da população vivendo em assentamentos irregulares, muitas vezes próximos ou dentro de áreas protegidas, como ocorre no entorno das Represas Billings e do Guarapiranga, em São Paulo, sem acesso aos serviços de saneamento básico.

Essa situação faz parte integrante da temática tanto dos planos de recursos hídricos de bacias hidrográficas como dos planos municipais de saneamento básico e dos planos diretores. A falta de articulação entre esses instrumentos de planejamento público resulta em perdas financeiras para os entes responsáveis, diminuição da qualidade e quantidade dos recursos hídricos, bem como em piores indicadores sociais e ambientais para o país. E o atraso no desenvolvimento das cidades, que as tornem sustentáveis, proporcionando uma melhor qualidade de vida para a população.

A agenda ambiental urbana tem sido objeto de discussão no âmbito das políticas públicas. No entanto, no âmbito de recursos hídricos, carecem iniciativas que tenham como objetivo integrar o planejamento e os serviços municipais nas temáticas de gestão de bacias hidrográficas, bem como agregar nos espaços de gestão participativa de águas a experiência e capacidade de ação local dos municípios.

O arcabouço normativo brasileiro do ponto de vista da proteção dos recursos hídricos prevê mecanismos de gestão e articulação técnico-institucional que podem garantir melhor eficiência das políticas federais, estaduais e municipais. No entanto, a governança em matéria de gestão de recursos hídricos pressupõe então que vários atores, públicos e privados, com diversos interesses nesse recurso tenham sua participação ativa nos espaços de discussão e planejamento sobre o uso e a proteção da água, como os comitês de bacia hidrográfica.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica, por exemplo, possuem estrutura para ser um órgão de integração regional dos órgãos e entidades governamentais da União, Estados e Municípios. Somente a partir do aproveitamento desses espaços, que permitem a governança dos recursos hídricos, será possível elaborar planos

<sup>39</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Atlas esgotos: despoluição das bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017. p. 9. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

diretores, de bacia hidrográfica e de saneamento básico que cumpram a obrigação legal de diálogo entre os instrumentos e que possam, na prática, proporcionar transformações positivas na disponibilidade e qualidade de água e no bem-estar da população.

Portanto, para uma efetiva gestão das águas, que garanta quantidade e qualidade desse bem para os usos múltiplos, mostra-se fundamental a governança entre as três esferas de governo: federal, estadual e municipal. Apenas com a articulação entre os diferentes instrumentos de competência de cada um desses entes, como os planos de bacia hidrográfica, de saneamento e planos diretores, além de espaços para participação ativa de atores privados e da sociedade civil, poderão ser alcançados os objetivos de qualidade ambiental, melhoria da qualidade de vida e economicidade dos gastos e esforços públicos em matéria de águas.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Atlas esgotos: despoluição das bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017. Disponível em: <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Região Hidrográfica São Francisco*. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/as-12-regioes-hidrograficas-brasileiras/sao-francisco>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/RES/64/292*. O direito humano à água e ao saneamento. Distr.: General, 3 August 2010. Disponível em: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Código Florestal. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989,

e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico do manejo das águas pluviais urbanas* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico do manejo de resíduos sólidos urbanos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: diagnóstico dos serviços de água e esgotos* – 2017. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 4. *Efetivação das metas de qualidade das águas no Brasil: atuação estratégica para a melhoria da qualidade das águas*. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Brasília: MPF, 2018.

CARNEIRO, P. R. F.; CARDOSO, A. L.; AZEVEDO, J. P. S. O planejamento do uso do solo urbano e a gestão de bacias hidrográficas: o caso da bacia dos rios Iguaçu/Sarapuí na Baixada Fluminense. *Cadernos Metrópole*, v. 19, p. 165-190, 2008.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 369/2006*. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>. Acesso em: 7 ago. 2019.

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. O rio e a cidade: o diálogo jurídico entre o plano hídrico e o plano diretor. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 359-370, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp/bjpp.v6i3.4487>. Acesso em: 24 nov. 2019.

GALLO PIZELLA, Denise. A relação entre Planos Diretores Municipais e Planos de Bacias Hidrográficas na gestão hídrica. *Ambiente & Água: An Interdisciplinary Journal of Applied Science*, v. 10, n. 3, p. 635-645, jul./set. 2015.

GARCÍA, María Mancilla; HILEMAN, Jacob; BODIN, Örjan; NILSSON, Annika; JACOBI, Pedro Roberto. The unique role of municipalities in integrated watershed governance arrangements a new research frontier. *Ecology and Society*, v. 24, n. 1, mar. 2019.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Qualidade da água: um enfoque jurídico e institucional do reúso indireto para fins potáveis. *Novos Estudos Jurídicos*, p. 453-482. DOI: 10.14210/nej.v24n2.

LOUCKS, Daniel P.; VAN BEEK, Eelco. *Water resources systems planning and management: a introduction to methods, models and applications*. UNESCO, 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001434/143430e.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

NEVES, Estela Maria Souza Costa. Environmental policy, municipalities and intergovernmental cooperation in Brazil. *Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 137–150, 2012.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Em menos de 1 ano surgem 32 invasões às margens de Guarapiranga e Billings*. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,em-menos-de-1-ano-surgem-32-invasoes-as-margens-de-guarapiranga-e-billings,10000078072>. Acesso em: 2 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/RES/71/256*. Nova Agenda Urbana. Português, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

PERES, Renata Bovo; SILVA, Ricardo Siloto da. Análise das relações entre o plano de bacia hidrográfica tietê-jacaré e os planos diretores municipais de Araraquara, Bauru e São Carlos, SP: avanços e desafios visando a integração de instrumentos de gestão. *Soc. & Nat.*, Uberlândia, v. 25, n. 2, p. 349-362, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1982-45132013000200011>.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHUSSEL, Zulma; NASCIMENTO NETO, Paulo. Gestão por bacias hidrográficas: do debate teórico à gestão municipal. *Ambient. Soc.*, v. 18, n. 3, p. 137-152, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422ASOC838V1832015>.

SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TRATA BRASIL. *Desafios para disponibilidade hídrica e avanço da eficiência do saneamento básico*. 2018. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/perdas-2018/estudo-completo.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística**

**Licensing exemption and tacit approval on the Economic Freedom Act: reflections on Environmental and Urban Administration**

Pedro Niebuhr

# **A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística\***

## **Licensing exemption and tacit approval on the Economic Freedom Act: reflections on Environmental and Urban Administration**

Pedro Niebuhr\*\*

### **Resumo**

O objetivo do presente artigo é abordar as repercussões da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica nos domínios ambientais e urbanísticos, especialmente no que tange a isenção de licenciamentos e a aprovação tácita diante do silêncio administrativo. Por meio de pesquisa realizada pelo método dedutivo, a partir de fontes bibliográficas, demonstrar-se-á que ambas as medidas são resultado da importação, ao ordenamento nacional, de soluções consensuadas no âmbito da Comunidade Europeia, mas com substanciais diferenças. A conclusão é que, no caso brasileiro, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica optou por uma solução extremada, de isenção de licenciamento para um rol aberto de atividades a serem posteriormente classificadas como de baixo risco, sem qualquer ressalva quanto à eventual necessidade de aprovações ambientais e urbanísticas quando estas decorrerem de normatização específica. Além disso, conclui-se, também, que a possibilidade de aprovação tácita de atividades impactantes sem a prévia avaliação, mitigação, controle e compensação dos impactos é contrária a ordem constitucional vigente. Essas circunstâncias recomendam que a definição das atividades contempladas pela isenção de licenciamento e pela aprovação tácita sejam compatibilizadas, mas não substituam as normatizações ambientais e urbanísticas específicas. O presente artigo é uma das primeiras análises acadêmicas sobre a isenção de licenciamentos e a aprovação tácita nas searas ambientais e urbanísticas estatuídas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

**Palavras-chave:** Liberdade econômica. Isenção de licenciamento. Aprovação tácita. Baixo risco.

### **Abstract**

This article deals with the repercussions of the of the Economic Freedom Act in the environmental and urbanistic domains, especially regarding the exemption of licenses and the tacit approval on administrative silence. Through research carried out by the deductive method, from bibliographic

\* Recebido em 21/08/2019  
Aprovado em 08/12/2019

\*\* Doutor em Direito pela PUC/PR. Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: pedro.n@ufsc.br

sources, it will be shown that both measures are the result of the importation into national law of solutions taken place on the European Community, but with substantial differences. In the Brazilian case, the Economic Freedom Act opted for an extreme solution, exempting from licensing an open list of activities to be classified as low risk, without any reservations about the possible need of environmental and urban approvals foreseen in the specific regulation. Similarly, the possibility of tacit approval of impacting activities without prior assessment, mitigation, control and compensation of impacts is contrary to the current constitutional order. These circumstances recommend that the definition of the activities contemplated by the exemption from licensing and tacit approval have to be made compatible, but not replace, with the specific environmental and urbanistic norms. This article is one of the first academic analyzes of licensing exemption and tacit approval in the environmental and urban fields established by the Economic Freedom Act.

**Keywords:** Economic freedom. License Exemption. Tacit approval. Low risk.

## 1 Introdução

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) é expressa ao estatuir sua incidência sobre processos administrativos que versam sobre a tutela da ordem urbanística e ambiental.<sup>1</sup>

Essa incidência alcança a isenção de licenciamentos e a aprovação tácita previstas nos incisos I e IX do artigo 3º, assim vazados:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I – desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, *sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;* [...]

IX – ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, *o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.*

Consoante justificado pela Presidência da República na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881/19 (posteriormente convertida na Lei nº 13.874/19, da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), busca-se colocar “o foco da Administração Pública em situações de risco real à coletividade. Não convém que o Estado dispense seus escassos recursos controlando situações [...] de baixo risco”. Além disso, “quando a Administração silencia ao longo e ao fim do prazo por ela mesmo estipulado, deve-se assumir a aprovação tácita, exceto nos casos considerados de alto risco. Cabe a presunção da boa-fé do particular.”<sup>2</sup>

A desburocratização do exercício de atividade econômica e a aprovação tácita diante de silêncio administrativo representam, em alguma medida, a importação, ao território nacional, da tendência sinalizada no âmbito da Comunidade Europeia, expressa nos “considerandos” e no artigo 1º, nº 1, da Diretiva 2006/123/CE, que busca dar concretude à denominada “Estratégia de Lisboa”. No âmbito comunitário europeu, a Estratégia de Lisboa visa “promover a eliminação dos obstáculos que embaraçam a liberdade de estabele-

<sup>1</sup> “Art. 1º [...] § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, **urbanístico** e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e **proteção ao meio ambiente.**”

<sup>2</sup> BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso 22 out. 2019.

cimento dos prestadores de serviços”.<sup>3</sup> Logo na seção introdutória da sobredita Diretiva, é asseverado o seguinte:

uma das dificuldades fundamentais encontradas, nomeadamente pelas PME, no acesso às actividades de serviços e ao seu exercício reside na complexidade, morosidade e insegurança jurídica dos procedimentos administrativos.

Por esta razão, a exemplo de algumas iniciativas de modernização e de boas práticas administrativas a nível comunitário ou nacional, é necessário estabelecer princípios de simplificação administrativa, nomeadamente através da limitação da obrigação de autorização prévia aos casos em que esta seja indispensável e da introdução do princípio da autorização tácita das autoridades competentes após a expiração de um determinado prazo. Esta acção de modernização, assegurando simultaneamente os requisitos de transparência e de actualização das informações relativas aos operadores, visa eliminar os atrasos, os custos e os efeitos dissuasivos que decorrem, por exemplo, de diligências desnecessárias ou excessivamente complexas e onerosas, da duplicação das operações, da «burocracia» na apresentação de documentos, da arbitrariedade das instâncias competentes, de prazos de resposta indeterminados ou excessivamente longos, da limitação dos prazos de vigência das autorizações concedidas ou de despesas e sanções desproporcionadas. Estas práticas têm efeitos dissuasivos particularmente importantes em relação aos prestadores que pretendam desenvolver as suas actividades em outros Estados-Membros e carecem de uma modernização coordenada num mercado interno alargado a 25 Estados-Membros.

A solução da Declaração de Direitos de Liberdade Económica tem inegável inspiração, portanto, na Diretiva 2006/123/CE, da Comunidade Europeia. A Diretiva, no entanto, não avança na forma como os estados-membros deveriam positivar, no plano interno, essa estratégia (como é próprio das normas comunitárias supranacionais).

A título de referência para a análise que será feita neste artigo, convém se referir à experiência portuguesa. Em Portugal, a Diretiva 2006/123/CE foi regulada no plano interno pelo Decreto-Lei n.º 48/2011, que estatui o programa “Licenciamento Zero” e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei 10/2015, que regula o “Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração” (RJACSR). Ambos diplomas simplificam o licenciamento de algumas atividades, dentre elas o comércio, serviços e restauração. Em essência, substitui-se a licença/autorização administrativa por uma mera comunicação prévia da atividade por parte do empreendedor. Desloca-se o foco do controle administrativo preventivo para o controle sucessivo da atividade económica.

O regime estatuído pela Declaração de Direitos de Liberdade Económica tem, basicamente, os mesmos pressupostos e o mesmo objetivo que o Licenciamento Zero português, muito embora entre eles se denotem diferenças substanciais.

No Licenciamento Zero português, o Decreto-Lei n.º 48/2011, na forma que foi integrado pelo Decreto-Lei n.º 10/15, indicou, expressamente, o rol das atividades subsumidas ao novo regime e excluiu de seu âmbito de incidências diversas outras (artigo 4.º do Anexo do Decreto-Lei n.º 10/15). O Decreto-Lei n.º 10/15 disciplinou o instituto da “comunicação prévia”, inclusive com definição de procedimentos e documentação que deve ser apresentada pelo interessado.<sup>4</sup> Ainda, o Regime Jurídico de Acesso e Exercício

<sup>3</sup> ALVES, Luís. O Regime Jurídico do “Licenciamento Zero”. Lisboa: Almedina, 2012.

<sup>4</sup> “Art. 3.º. Liberdade de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração. 1 — O acesso e exercício às atividades de comércio, serviços e restauração abrangidas pelo presente decreto-lei, bem como o exercício dessas atividades em regime de livre prestação, não estão sujeitos a qualquer permissão administrativa que vise especificamente a atividade em causa, salvo em situações excecionais expressamente prevista [...]”

Art. 7.º Instrução da mera comunicação prévia

3 – As meras comunicações prévias devem conter os dados e ser acompanhadas dos elementos instrutórios constantes de portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da modernização administrativa, das autarquias locais, da economia e do ambiente.

5 – Sem prejuízo do disposto no n.º 3, sempre que a instalação de um estabelecimento de comércio, de serviços, de restauração ou de bebidas ou de um armazém para o exercício de uma atividade de comércio ou de serviços abrangida pelo presente decreto -lei envolva a realização de operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio municipal nos termos do RJUE, a mera comunicação prévia

de Atividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) não exige a necessidade da observância das autorizações ambientais e urbanísticas — por meio do controle prévio, convencional, de licenciamento previsto nas normatizações específicas.<sup>5</sup>

Já a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica relegou à posterior regulamentação o rol de atividades sujeitas ao novo regime. A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica não previu qualquer procedimento substitutivo para o exercício do controle prévio da operação da atividade pelo Poder Público. Não ressaltou, pelo contrário, dispôs-se a isentar inclusive o procedimento de licenciamento ambiental e urbanístico prévio de obras, construções e de funcionamento de atividades, mesmo quando tal decorrer de previsão normativa específica.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica adotou, portanto, uma solução ainda mais radical e liberalizante que aquela preconizada no exterior, notadamente no modelo português, tomado para a presente análise como paradigma para o nacional.

Como aponta Sílvio Venosa, apesar do intuito da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica merecer elogios, há muitos obstáculos a serem superados.<sup>6</sup> O presente artigo busca, por meio de pesquisa de fontes bibliográficas realizada com método dedutivo, apontar a (in)compatibilidade do regime estatuído na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica com a ordem constitucional vigente, identificando as possíveis incongruências do novo regime.

## 2 A justificativa para isentar as atividades econômicas de baixo risco dos procedimentos autorizatórios/licenciatórios, bem como para prever a aprovação tácita no caso de silêncio administrativo

O setor econômico costuma apontar como um dos grandes gargalos à implantação de atividades econômicas a burocracia e morosidade dos órgãos, notadamente da Administração Ambiental e Urbanística, na análise e decisão sobre os pedidos de expedição das respectivas licenças e autorizações.<sup>7</sup>

deve ser instruída com o competente título urbanístico ou com o respectivo código de acesso.”

<sup>5</sup> “Art. 3º [...] 2 — Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, não se consideram específicos para o acesso e exercício de determinada atividade de comércio, serviços e restauração os controles e requisitos que não regulamentem especificamente a atividade em causa, mas que sejam legalmente exigidos para o exercício da atividade, tais como:

- a) Os controles prévios de urbanização e edificação nos termos do regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro; [...]
- c) Os controles relativos a gestão de resíduos, nos termos do Decreto -Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, alterado pelo Decreto -Lei n.º 173/2008, de 26 de agosto, pela Lei n.º 64 -A/2008, de 31 de dezembro, pelos Decretos -Leis n.os 183/2009, de 10 de agosto, 73/2011, 17 de junho, e 127/2013, de 30 de agosto;
- d) A avaliação de impacto ambiental (AIA), nos termos do Decreto -Lei n.º 151 -B/2013, de 31 de outubro, alterado pelo Decreto -Lei n.º 47/2014, de 24 de março;
- e) A avaliação de incidências ambientais, nos termos do Decreto -Lei n.º 140/99, de 24 de abril, alterado pelos Decretos -Leis n.os 49/2005, de 24 de fevereiro, e 156 -A/2013, de 8 de novembro, aplicável à instalação de estabelecimentos em áreas da Rede Natura 2000 ou em áreas com valores naturais protegidos;
- f) A prevenção e o controlo das emissões de poluentes para a atmosfera, nos termos do Decreto -Lei n.º 78/2004, de 3 de abril, alterado pelo Decreto -Lei n.º 126/2006, de 3 de julho, aplicável à exploração de oficinas de manutenção e reparação de veículos automóveis, motocicletas e ciclomotores;
- g) O controlo das emissões de compostos orgânicos voláteis para o ambiente, resultantes da aplicação de solventes orgânicos em certas atividades e instalações, nos termos do Decreto -Lei n.º 127/2013, de 30 de agosto, aplicável às lavandarias com limpeza a seco”.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. A declaração de direitos de liberdade econômica (MP n.º 881) e o Direito Privado. Direito UNIFACS—Debate Virtual, n. 227, 2019.

<sup>7</sup> “Abrir empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. São dois meses só para abrir a empresa. Já para conseguir todas as licenças e alvarás, são mais de nove meses de espera” (ABRIR empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. G1, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/abrir-empresa-no-brasil>

A experiência prática revela que a reclamação, às vezes, é procedente. As diferentes leis ambientais e urbanísticas que regem o exercício de atividades econômicas costumam, normalmente, prever procedimento único (às vezes extremamente burocratizado) para o licenciamento das atividades, sem fazer distinção relevante (ou fazendo apenas tímida distinção) sobre seu porte, grau de impacto etc. O licenciamento ambiental de uma pequena fábrica de alimentos pode ter o mesmo rito (o mesmo procedimento, isto é, etapas e fluxos) que o licenciamento de uma hidroelétrica.

Já a demora administrativa pode decorrer, por sua vez, de uma gama variada de fatores, como o componente infra-estrutural e logístico do órgão administrativo encarregado em processar esse tipo de requerimento. Não raro, os órgãos administrativos não possuem estrutura, pessoal e material adequados para atender, de forma célere, todos os pedidos de expedição de licenças e autorizações que lhes são submetidos. Essa realidade parece ser percebida de forma mais frequente em municípios pequenos, que possuem maiores limitações orçamentárias, mas não é exclusiva desses. Em diversos estados da federação (realidade que também se percebe em algumas unidades regionais de órgãos federais), a estruturação dos órgãos ambientais e outros correlatos (de gestão do patrimônio federal, da proteção do patrimônio artístico e histórico nacional, de proteção de direitos indígenas etc.) não é prioridade na gestão administrativa.

Em muitos casos, não se descarta uma importante variável política potencialmente incidente sobre a atividade administrativa. O acolhimento de determinados pleitos pode representar agenda negativa juntamente à opinião pública. Noutras situações, a Administração se depara com assuntos extremamente complexos, que geram elevados riscos aos agentes administrativos, notadamente sob a perspectiva do controle externo. Esses fatores político/institucionais acabam, voluntária ou involuntariamente, atuando como variável relevante na postergação de decisões por tempo superior ao desejado pelo empreendedor. Para o agente público é melhor simplesmente não decidir. E, para evitar decidir, a estratégia acaba sendo, muitas vezes, a solicitação reiterada de novas informações e documentos do interessado.

A burocracia e a demora na tramitação e na tomada de decisão em procedimentos administrativos autorizatórios da atividade econômica não é um problema novo. E também já há algum tempo a ordem jurídica vem buscando soluções que, ainda que de forma pontual, passam pela simplificação de alguns procedimentos, pela definição de prazos pré-determinados para decisões administrativas e pela proibição da reiteração de solicitações postergadoras da decisão final.

Em matéria ambiental, a Resolução CONAMA nº 237/97 foi, por muitos anos, o principal elemento normativo disciplinador de licenciamentos ambientais em território nacional. A Resolução prevê, por exemplo, tempo máximo de tramitação do processo de licenciamento, de seis meses.<sup>8</sup> A Resolução se preo-

---

e-exercicio-de-paciencia-contra-burocracia.html. Acesso 19 mai. 2019).

DEBATEDORES criticam prejuízos com demora na expedição de licenças ambientais. Câmara dos Deputados, Brasília, 13 mai. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/meio-ambiente/487902-debatedores-criticam-prejuizos-com-demora-na-expedicao-de-licencas-ambientais.html>. Acesso em 19 mai. 2019.

POLITO, Rodrigo. Licenciamento de obra demora nove anos no Brasil. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 11 de nov. de 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5988113/licenciamento-de-obra-demora-9-anos-no-brasil>, acesso em 19 de mai de 2019.

MAAKAROUN, Bertha. Zema critica entraves em Minas para licenciamento ambiental. Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, 5 de dez. de 2018. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna\\_politica,1010611/zema-critica-entraves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna_politica,1010611/zema-critica-entraves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml), acesso em 19 de mai. de 2019.

<sup>8</sup> “Art. 14 – O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.

§ 1º– A contagem do prazo previsto no caput deste artigo será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor.

§ 2º– Os prazos estipulados no caput poderão ser alterados, desde que justificados e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente”.

cupa em evitar a reiteração de solicitações de novas informações pelo órgão licenciador, estatuidando que as complementações à documentação que instrui o processo administrativo devem ser exigidas em uma única oportunidade.<sup>9</sup> Ainda, a Resolução admite a possibilidade da existência de procedimentos licenciatórios simplificados para atividades de menor impacto ambiental, na forma a ser definida pelos Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente<sup>10</sup>, o que poderia abrandar tempo e burocracia para determinado conjunto de atividades.

A Lei nº 9.784/99 — Lei de Processo Administrativo Federal — também faz previsão, dessa vez, de caráter geral e dirigida a todos processos administrativos federais não regulados por leis específicas, do dever de decidir e da estipulação de prazo máximo de trinta dias para decisão administrativa.<sup>11</sup>

Por fim, a Lei Complementar nº 140/11 — conhecida como Lei de Competências Ambientais — também impõe o cumprimento dos prazos pela Administração Pública e trata dos pedidos de complementações, dessa vez, em alusão específica aos licenciamentos ambientais.<sup>12</sup>

Via-se, portanto, até o advento da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, uma preocupação com o excesso de burocracia nos procedimentos e com a demora injustificada na decisão administrativa de processos autorizativos para o desenvolvimento de atividades econômicas. Essa preocupação, como dito, era traduzida na possibilidade de definição de procedimentos simplificados, na previsão normativa de prazos máximos e na proibição da postergação indefinida da decisão diante da necessidade de complementação de informações pelos interessados.

Não obstante, a efetividade do movimento pela desburocratização e celeridade dos procedimentos licenciatórios aparentemente ficou aquém da expectativa do setor econômico.

A simplificação procedimental parece tímida, pelo menos do ponto de vista do empreendedor. Em relação ao componente temporal, as aludidas normas não cominam à Administração Pública sanção (ou efeito equivalente) pelo descumprimento de prazos ou pela reiteração recorrente do pedido de novas informações. A ausência de consequência efetivamente desencorajadora do descumprimento de prazos ou do retardamento da decisão podia acabar sendo determinante (e provavelmente o é) para a redução da densidade normativa da regra.

No que toca, especificamente, aos prazos para decisão, a exemplo do que se sucede nos prazos estipulados em prol do jurisdicionado em processos judiciais, passou-se a defender que os prazos administrativos seriam impróprios<sup>13</sup>. A consequência prática em se reputar que os prazos para tomada de decisão seriam

<sup>9</sup> “Art. 10 Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

[...]IV – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios”.

<sup>10</sup> “Art. 12 – O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

§ 1º – Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente”.

<sup>11</sup> “Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

<sup>12</sup> “Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

§ 1º As exigências de complementação oriundas da análise do empreendimento ou atividade devem ser comunicadas pela autoridade licenciadora de uma única vez ao empreendedor, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos.

§ 2º As exigências de complementação de informações, documentos ou estudos feitas pela autoridade licenciadora suspendem o prazo de aprovação, que continua a fluir após o seu atendimento integral pelo empreendedor.”

<sup>13</sup> “Prazos impróprios são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz” (NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; Código de Processo Civil Comentado

prazos impróprios é entender que sua inobservância não gera maiores consequências processuais. A jurisprudência referendou o aludido entendimento. A título exemplificativo, leia-se: “O prazo de 30 (trinta) dias previsto no inciso II do artigo 71 da Lei n.º 9.605/98 e também no art. 49 da Lei n.º 9.874/99 não são peremptórios, mas sim prazos impróprios.”<sup>14</sup>

Ao interessado caberia, nessas circunstâncias, buscar o Judiciário para obter uma entre duas soluções: em se tratando de ato administrativo vinculado, que o juiz concedesse o que havia sido pleiteado administrativamente; ou, em se tratando de ato discricionário, que o juiz assinalasse prazo para a Administração Pública decidir.<sup>15</sup> Viam-se precedentes tanto por uma quanto pela outra opção.<sup>16 17</sup>

Cumpre mencionar, ainda, que nesse modelo anterior à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, o §3º do artigo 14 da Lei Complementar nº 140/11 era expresso ao estatuir que a inobservância dos prazos pela Administração não implicava a autorização para o empreendedor desenvolver a atividade pretendida.<sup>18</sup> Ou seja, pelo menos em matéria ambiental o efeito do silêncio administrativo era a recusa da pretensão do particular.

Como dito, o regramento contido na Resolução CONAMA nº 237/97, na Lei nº 9.784/99 e na Lei Complementar nº 140/11 aparentemente não atendia integralmente as expectativas do setor econômico. No lugar, entretanto, de se aprimorar o sistema então vigente, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica partiu para duas soluções em abrupta ruptura com o regime desenhado no quadro normativo anterior.

Ao tempo em que declara a liberdade econômica de agentes privados, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (i) torna desnecessário ato público de liberação da atividade econômica de baixo risco, desenvolvidas para sustento próprio do pretendente ou de sua família; (ii) prevê a aprovação tácita diante do silêncio administrativo.

A questão é saber se referidas previsões normativas podem (e se a resposta for positiva, em qual extensão) ser de fato aplicáveis à Administração Pública quando a atividade por ela desenvolvida envolve, diretamente, a tutela de interesses coletivos e difusos (e não preponderantemente individuais), como ocorre no controle da ordem urbanística e ambiental.

e Legislação Extravagante. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 385).

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo nº 5000767-81.2012.4.04.0000. Relator: Relator Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2012. TRF4. Porto Alegre, Disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 428.

<sup>16</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER - PEDIDO FORMULADO PELA AGRAVADA AO ENTE MUNICIPAL AGRAVANTE PARA CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PELA EMPRESA RECORRIDA - DEFERIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR - MANUTENÇÃO DECISÓRIA. Mantém-se a decisão agravada que defere a antecipação da tutela para concessão de alvará de construção pelo ente agravante à empresa agravada, relativamente ao empreendimento, em todos os seus estágios, que detém toda a documentação exigida pelo poder público e atendeu às obrigações decorrentes das regras de edificação e urbanismo, obtendo dos órgãos públicos as devidas autorizações, inclusive, regularidade perante a ADEMA. Agravo desprovido. Decisão unânime” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 0006757-86.2013.8.25.0000. Relator: Ruy Pinheiro da Silva. Aracaju, SE, 3 de set. de 2013. TJSE. Aracaju, Disponível em <tjse.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019).

<sup>17</sup> “APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. A limitação de recursos humanos à disposição do INCRA, bem como a complexidade dos processos de licenciamento ambiental são circunstâncias insuficientes para, no caso, elidir o imperativo constitucional de eficiência (art. 37, caput, CF/88), traduzido na obrigação legal de decidir em prazo razoável pedido administrativo protocolado em 2009. 2. Mantida a sentença que, ao conceder parcialmente a segurança, determinou à autoridade impetrada que dê seguimento aos atos necessários à realização dos estudos para o licenciamento ambiental e demais atos necessários à movimentação do processo” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação e Reexame Necessário nº 5058181-18.2014.4.04.7000. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 19 de nov. de 2015. TRF4, Porto Alegre, disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2019).

<sup>18</sup> “Art. 14 [...] § 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15”.

### 3 A análise da isenção de ato autorizativo para atividades econômicas de baixo risco e da aprovação tácita em matéria urbanística e ambiental

#### 3.1 Isenção de ato autorizativo para atividades econômicas de baixo risco

O inciso I do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica estatui o seguinte:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I – desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica; [...]

§ 2º A fiscalização do exercício do direito de que trata o inciso I do caput deste artigo será realizada posteriormente, de ofício ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente.

Preliminarmente, observa-se que o dispositivo não emprega terminologia convencional, já consensuada e consolidada nos respectivos domínios. Por exemplo, optou-se pela expressão “atos públicos de liberação” para se referir aos atos autorizativos (em sentido amplo) da atividade econômica. Melhor seria, talvez, referir-se à “desnecessidade de anuência administrativa prévia para exercício da atividade econômica”.

A despeito da expressão utilizada, os atos referidos no artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica são definidos no §6º do artigo 1º da seguinte forma:

Art. 1º [...] § 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

O mesmo problema de imprecisão terminológica ocorre com a opção pela expressão “baixo risco”, quando o usual, em licenciamentos ambientais e urbanísticos, é a avaliação do grau de impacto ou do potencial poluidor/degradante da atividade.

Como visto, a opção adotada pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é substancialmente distinta daquela adotada no Licenciamento Zero português, tomados como paradigma. No Licenciamento Zero português, o procedimento de mera comunicação para instalação e operação de algumas atividades econômicas não exige a obtenção de licenças e autorizações para obras e exercício das atividades que se fizerem necessárias, quando elas estiverem sujeitas à prévia licença e autorização de acordo com o regime jurídico da urbanização e da edificação ou regramentos ambientais e sanitários. O Licenciamento Zero português não derroga o regime jurídico da urbanização e da edificação<sup>19</sup> e correlatos. No caso brasileiro, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica pretende, justamente, o inverso, dispensar o empreendedor de obter inclusive aprovações ambientais e urbanísticas.

A regra do inciso I do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica isenta de prévia anuência do Poder Público o exercício da atividade econômica que cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) a atividade seja qualificada como de baixo risco; (ii) para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais.

Sobre o primeiro requisito, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica não avança na definição

<sup>19</sup> ALVES, Luís. O Regime Jurídico do “Licenciamento Zero”. Lisboa: Almedina, 2012, p. 61 e 62.

do que se reputa por atividade de baixo risco ou que se destine à sustento próprio.

No que toca à definição da atividade de baixo risco, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é clara ao condicionar sua conceituação à ulterior regulamentação, consignando critério de precedência da classificação editada por “legislação” estadual, distrital ou municipal em relação à classificação editada por ato do Poder Executivo federal.<sup>20</sup>

Chama a atenção o fato de a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica condicionar a regulamentação das atividades de baixo risco feitas no plano estadual, distrital ou municipal, àquela realizada por lei em sentido estrito (é o que se deduz do emprego da expressão “legislação”), ao passo que, na esfera federal, permite que a classificação seja veiculada por ato administrativo (“ato do Poder Executivo federal”).

O descompasso pode ser fruto de falta de rigor ou de precisão jurídica na redação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ou da intenção, deliberada, em impingir tratamento jurídico distinto a entes federados que, a rigor, não deveriam ser tratados de forma diferente (ante a autonomia e ausência de hierarquia entre os mesmos). Não se identificando, *a priori*, fundamento razoável para o critério de discriminação, estados, municípios e Distrito Federal mereciam, para este propósito, tratamento simétrico ao atribuído pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica à União. A classificação das atividades de baixo risco pode ser feita, portanto, por ato legislativo ou administrativo dos municípios, estados, Distrito Federal e União.

Enquanto o Executivo Federal não classificar as atividades de baixo risco, na forma preconizada pelo inciso II do §1º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica será aplicada resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM).<sup>21</sup> Recentemente, o CGSIM editou a Resolução nº 51/19, que distingue as atividades de baixo risco, “cujo efeito específico e exclusivo é dispensar a necessidade de todos os atos públicos de liberação da atividade econômica para plena e contínua operação e funcionamento do estabelecimento” (inciso I do artigo 2º) das atividades de médio e alto riscos (incisos II e III). As atividades de baixo risco são classificadas segundo dois critérios simultâneos e cumulativos. O primeiro é atinente ao risco de incêndio e pânico (artigo 4º). O segundo é alusivo ao risco de segurança sanitária e ambiental (artigo 5º).

Em suma, na Resolução CGSIM nº 51/19, para ser qualificada como de baixo risco, a atividade deve ser desenvolvida em edificação que atenda aos requisitos previstos no artigo 4º e a atividade deve corresponder a uma daquelas indicadas no anexo referido no artigo 5º. Estados e Municípios estão habilitados, como dito, a editar seus próprios regulamentos, e enquanto não o fizerem aplicam-se as normas do CGSIM ou outras do Executivo Federal que vierem a lhe substituir.

O segundo requisito - atividade que se vale exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais – mostra-se demasiadamente impreciso e amplo.

Parece que a intenção da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, nesse ponto específico, é desburocratizar o pequeno negócio, como a atividade empresarial desenvolvida em casa ou em edificações em geral de pequenas dimensões, pelo próprio profissional ou pequena empresa. No entanto, os conceitos empregados — e aqui a referência à própria propriedade privada ou contratada perante terceiros — estende a aplicação do dispositivo a praticamente toda atividade econômica privada desenvolvida em propriedade privada, em qualquer propriedade privada. Em contraposição à terminologia empregada na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, só se exclui do âmbito de incidência da norma a atividade desenvolvida em propriedade pública.

<sup>20</sup> “Art. 3º [...] § 2º Para fins do disposto no inciso I do caput:

I - ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica”.

<sup>21</sup> “Art. 3º [...] § 1º[...] II – na hipótese de ausência de ato do Poder Executivo federal de que trata o inciso I deste parágrafo, será aplicada resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), independentemente da aderência do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim)”.

Essa singela análise da terminologia empregada na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica já é reveladora da má-técnica legislativa empregada. Não por outra razão, Gustavo Tepedino, apesar de registrar o esforço de parcela considerável da doutrina em enaltecer os pontos positivos da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, denuncia seu caráter atécnico, confuso e ocioso<sup>22</sup>.

Os atos públicos de liberação alcançam, na forma do §6º do artigo 1º, autorizações e licenças ambientais e urbanísticas. Noutras palavras, esses pequenos negócios — na definição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, essas atividades econômicas de baixo risco, voltadas ao sustento próprio ou da família do empreendedor, para a qual ele se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais — estariam liberados de obter, previamente ao desenvolvimento da atividade, aprovações ambientais e urbanísticas.

É possível antever relevantes controvérsias decorrente desse cenário.

### **3.1.1 O possível conflito de competência e antinomias**

O inciso I do §1º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica define a competência para classificação das atividades de baixo risco elegíveis para isenção de licenciamento (inclusive) ambiental e urbanístico da seguinte forma:

Art. 3º [...] § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput:

I – ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica.

A norma prevê, expressamente, a possibilidade de todos os entes federados (ainda que subsidiariamente), e principalmente dos municípios, editarem normas com sua própria classificação das atividades de baixo risco.

O problema é que, em matéria ambiental, a competência para definir as atividades de impacto local sujeitas ao licenciamento ambiental não é dos municípios, mas sim dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, consoante dispõe a alínea “a” do inciso XIV do artigo 90 da Lei Complementar nº 140/11.<sup>23</sup>

Não havendo garantia de que a classificação dos municípios, para finalidade prevista na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, será necessariamente integrada e compatível com a tipologia ambiental definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, a depender da definição de atividades de baixo risco a ser feita pela União e pelos municípios é possível que venham a ocorrer antinomias.

Isso, aliás, parece já acontecer na própria definição promovida pela Resolução CGSIM nº 51/19. Apesar da maioria das atividades arroladas no Anexo I da Resolução não provocarem, efetivamente, repercussão ambiental relevante (a ponto de terem que ser submetidas ao prévio licenciamento), em alguns casos, essa conclusão não é tão evidente. No referido anexo, por exemplo, caracterizam-se como de baixo risco a fabricação de produtos têxteis, calçados, reparo de veículos e equipamentos, atividades que poderiam, muito bem, provocar impactos relevantes (mesmo que de âmbito local), a ponto de justificar um licenciamento ambiental.

Essas mesmas atividades — fabricação de produtos têxteis e calçados com até 2.500m<sup>2</sup>, reparo de veículos e equipamentos — são arroladas, por exemplo, nas Resoluções nº 98/17 e 99/17 do Conselho de Meio

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, v. 20, n. 02, p. 11, 2019.

<sup>23</sup> “Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV – observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade”.

Ambiente de Santa Catarina como sujeitas ao licenciamento ambiental.

Se os Municípios catarinenses resolverem editar rol idêntico ao constante na Resolução CGSIM nº 51/19, essas atividades seriam isentas de licença ambiental no regime definido pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ao passo que pela regulamentação ambiental do Conselho de Meio Ambiente de Santa Catarina remanesceriam sujeitas ao licenciamento ambiental.

Nesse caso específico, uma solução possível para resolver o impasse repousaria no recurso aos critérios de solução de antinomias. Ambas normas (resolução do Conselho de Meio Ambiente de Santa Catarina e resolução do CGSIM) são normas infralegais de idêntica hierarquia. Como a tipologia do Conselho de Meio Ambiente de Santa Catarina, apesar de anterior, é específica em matéria ambiental, ela deveria prevalecer sobre a previsão geral posterior da tipologia do CGSIM, já que a *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.<sup>24</sup>

### **3.1.2 O critério de definição das atividades liberadas de prévia aprovação administrativa pode não coincidir, necessariamente, com o grau de impacto ambiental e urbanístico da atividade**

O principal requisito, como visto, para isentar a autorização e o licenciamento ambiental e urbanístico, qual seja, o baixo risco, não se confunde, necessariamente, com o grau de impacto ou porte degradante (estas sim expressões já consolidadas nos respectivos domínios) da atividade.

Há, portanto, um desafio (ou um problema) conceitual, de rigor terminológico. Risco é a probabilidade da ocorrência de um evento.<sup>25</sup> O impacto é a alteração no meio ambiente natural ou artificial<sup>26</sup>; essa alteração pode ser potencial (tem probabilidade de acontecer no futuro) ou certa (sabe-se que irá acontecer).

O problema é lançar mão, para um mesmo objetivo (definição da exigibilidade ou isenção de licenças), de critérios distintos (risco e impacto, que exprimem fenômenos e realidades diferentes). Hipoteticamente falando, a definição das atividades submetidas ao âmbito de incidência do inciso I do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica poderia considerar apenas a “probabilidade” de uma alteração negativa (ou o risco do impacto negativo) e deixar de levar em conta, contraditoriamente, algum tipo de impacto certo relevante.

Um exemplo prático pode ilustrar o problema. Pense-se numa pequena indústria de alimentos, de beneficiamento de frutos do mar. Cogite-se que essa a atividade satisfaça os requisitos previstos na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica para ser isentada do licenciamento (isto é, tratar-se de econômica desenvolvida para sustento próprio do empreendedor, do qual ele se vale de propriedade privada). Essa atividade é capaz de provocar uma série de impactos, certos ou potenciais. O impacto odorífero, sonoro, a geração de resíduos sólidos e líquidos, por exemplo, são impactos que se sabe que ocorrerão. A atividade também

<sup>24</sup> “O conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente” (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 108).

<sup>25</sup> “O conceito de risco remete-nos para probabilidades ou possibilidades sobre a ocorrência de eventos futuros, surgindo também associado a uma certa contingência ou ambiguidade decorrente das diversas dinâmicas do mundo social. A essência do risco não é tanto aquilo que está a acontecer, mas sim, aquilo que pode acontecer (Adam; Van Loon, 2000)” (AREOSA, João. O risco no âmbito da teoria social. In: VI Congresso Português de Sociologia. 2008. p. 1-16).

<sup>26</sup> Resolução CONAMA nº 01/86:

“Artigo 1º – Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;  
 II – as atividades sociais e econômicas;  
 III – a biota;  
 IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;  
 V – a qualidade dos recursos ambientais”.

pode provocar impactos, apenas, potenciais, como contaminação do solo/ar/água por produtos químicos etc. Não se sabe se esses impactos potenciais irão, de fato ocorrer, mas há o risco de ocorrerem. O risco, por isso, pode ser classificado como baixo para efeito de incidência da norma. O empreendedor estaria dispensado de licenças ou autorizações ambientais e urbanísticas para desenvolver a atividade, dado o baixo risco, mesmo que esta atividade provocasse impactos relevantes. Não obstante, ainda que houvesse fundamento suficiente para se exercer o controle prévio do ponto de vista ambiental e urbanístico (por meio de definição de medidas mitigadoras de poluição sonora e odorífica, controle ambiental do manejo de resíduos etc.), esse tipo de avaliação poderia em tese deixar de ser realizada, na forma pretendida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

A fim de evitar e prevenir esse tipo de problema, é prudente e recomendável que a classificação da atividade de baixo risco considere, seja integrada e compatível com a definição de atividades licenciáveis nos domínios ambientais e urbanísticos. Se nessas esferas a atividade ou a implantação for qualificada como ambiental e urbanisticamente licenciável, é de se presumir que elas são suscetíveis de provocar impactos relevantes sobre os meios naturais e vizinhança. Nesse cenário, a atividade econômica não deveria ser classificada como de baixo risco para efeito de inexigibilidade de prévia anuência pelo Poder Público.

Urge, nesse aspecto, recordar que a necessidade de prevenção/mitigação de certos impactos é o que justifica o exercício do poder de polícia prévio ao desenvolvimento da atividade econômica. O poder de polícia prévio, consistente na expedição de licenças e autorizações, certifica que a atividade pretendida é consoante com as normas de uso e ocupação do solo e ambientais, além de estabelecer medidas mitigadoras dos impactos negativos, certos ou potenciais.

Deve, portanto, ser considerada antijurídica a classificação (feita em qualquer nível federativo) de baixo risco para finalidade de isenção de licenciamento quando a atividade for suscetível de causar considerável impacto ambiental ou urbanístico, consoante definido na normatização específica, porque isso esvaziaria por completo a finalidade, o propósito, do exercício do poder de polícia prévio, qual seja, de evitar, de prevenir, a ilicitude e o efeito adverso.

### **3.1.3 A inexistência de direito preexistente ao desenvolvimento atividade potencialmente impactante ou utilizadora de recursos naturais, bem como do direito de construir independentemente do grau de impacto na vizinhança**

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica parte do pressuposto de que o empreendedor possui um direito, já estabelecido e assegurado na Constituição Federal, de desenvolver a atividade econômica pretendida. Por essa razão opta por isentar o empreendedor de anuência prévia, pela Administração Pública, para exercer o direito de desenvolver essa atividade econômica.

Ousamos discordar dessa premissa. A licença e a autorização ambiental removem um obstáculo, uma proibição, de intervenção no ecossistema e de uso de recursos naturais para atividades antrópicas:

*o particular titular de um direito genérico de propriedade não possui, em virtude da condição de ser proprietário de um bem, o direito de usar (e, por consequência, degradar ou poluir) o ambiente e os recursos naturais que porventura são encontrados na propriedade (no bem). O fato do ambiente constituir um direito difuso, isto é, pertencente a todos indistintamente, instaura uma proibição de que seus elementos sejam afetados, deturpados ou apropriados individualmente pelos titulares de direitos de propriedade (sem que pelo menos haja anuência desta ação pelo gestor destes bens)<sup>523</sup> – o Poder Público). Além do mais, há uma vedação à adoção de condutas capazes de comprometer o equilíbrio do ambiente, vedação que decorre de interpretação do direito de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no caput do artigo 225 da Constituição da República. [...]*

*Em síntese, inexistente um direito próprio dos particulares ao exercício de atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental ou utilizadoras de recursos naturais; há uma vedação à apropriação individual dos recursos naturais (mesmo que em níveis toleráveis, como aponta MARTINS, que podem ser definidos no caso concreto e não no plano normativo, a depender da situação) e à adoção de condutas capazes de comprometer o equilíbrio do ambiente.*

*Cabe à Administração a remoção deste impedimento, mediante o estabelecimento de condicionantes que assegurem o menor impacto possível da atividade ao ambiente.*<sup>27</sup>

Na mesma linha, é a posição de Luís Filipe Colaço Antunes que, ao defender a inexistência de um direito subjetivo originário do particular à autorização ambiental, recorda que o direito subjetivo só subsiste, em face da Administração, quando a ela é imputada a obrigação de emanar o ato administrativo, o que não ocorre em matéria ambiental, em que há inegável poder discricionário da autoridade para optar entre várias soluções possíveis.<sup>28</sup> Nessa linha, Carla Amado Gomes sustenta que a autorização ambiental não serve para atestar a admissibilidade de uma atividade já considerada lícita pela ordem jurídica, mas é uma técnica a serviço do intervencionismo público, um instrumento de colaboração entre Administração e particulares em casos onde o interesse privado incide sobre o público.<sup>29</sup>

Quer-se dizer, com isso, que, nos casos de atividades potencialmente degradantes ou utilizadoras de recursos naturais, o particular não possui direito subjetivo ao exercício da atividade ou à aprovação dela pelo Poder Público, pelo menos não sem antes mapear e identificar os riscos e impactos, bem como que sejam definidas as medidas mitigadoras e compensatórias pertinentes.

O mesmo raciocínio aplica-se, em tese, às licenças urbanísticas, notadamente a licença para construção. Defende-se, atualmente, a releitura da ideia, outrora consolidada, de que o ato de aprovação do direito de construção é um ato vinculado.<sup>30</sup> A aprovação urbanística não só confirma a possibilidade de construir, mas em alguma medida constitui a extensão desse direito. É o que ensina Carlos Ari Sunfeld. Para Sunfeld, a ordem jurídica não veicula um direito preexistente de construir (como ocorre por exemplo na liberdade de expressão, de publicação expressa, de locomoção, de reunião, dentre outros direitos), mas antes proíbe, em princípio, a atividade privada. Trata-se da técnica de proibição da atividade privada sob reserva de liberação por ato administrativo, que pode tomar em conta não somente as condições do sujeito ou do objeto para verificar se elas correspondem às condicionantes exigidas em lei, mas também dados externos a eles (como as hipóteses de limitação de número, contrapartidas etc.).<sup>31</sup>

Ou seja, a prévia aprovação do Poder Público é essencial e intrínseca à implantação e desenvolvimento de atividades causadores de impactos ambientais e urbanísticos. Somente, excepcionalmente, poderia se cogitar a isenção do licenciamento, e isso, essa situação excepcional, de fato, já ocorre em alguns casos.

Sobre a dispensa de licenciamento ambiental, recorde-se que:

*na hipótese do impacto de uma ação ser reduzido ou irrelevante não se cogita a necessidade do particular obter, para seu exercício, a anuência prévia da Administração (nos modelos de autorização ou licença) sob o ponto de vista ambiental. Do contrário, submeter a atividade a uma autorização ou licença ambiental quando sabidamente ela não é capaz de gerar impactos relevantes ao ambiente atentaria contra o postulado da proibição do excesso, um dos elementos balizadores da atividade administrativa nesta seara [...]*

*A conclusão que se chega é a de que somente podem ser dispensadas do licenciamento ambiental aquelas atividades em que é possível descartar a relevância do impacto que causam no ambiente, em função de sua natureza ou porte.*<sup>32</sup>

<sup>27</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 228-230.

<sup>28</sup> ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 200-201.

<sup>29</sup> GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 525-532.

<sup>30</sup> “A licença é o ato que remove obstáculo ao exercício de um poder jurídico preexistente e que descende diretamente da lei, mas cuja atuação está condicionada a uma conferência administrativa. Ante um pedido de licença, ao Executivo nada mais cabe além de conferir se existe ou não o direito alegado e, se existente, proclamar tal fato, liberando o administrado para exercitá-lo [...]

Não é a Administração que cria o direito de construir. Este se radica na lei, mas é a Administração que tem o encargo, o dever, de verificar se ocorre ou não uma realidade subsumida à hipótese legal” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: RT, 1981. p. 173-174).

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Licenças e autorizações no Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, vol. 3, p. 66-72, 1993.

<sup>32</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 207-212.

A mesma lógica parece permear, com pontuais diferenças, a isenção de licenciamento urbanístico. Diversos municípios veiculam, em seus Código de Obras e leis congêneres, listagem de atividades que não sujeitas ao prévio licenciamento urbanístico. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 13 Código de Obras do Município de São Paulo.<sup>33</sup>

Vale dizer que essa inexigibilidade de licença urbanística é substancialmente diferente da simplificação de licenciamentos para implantações de pequeno porte. Parece haver um movimento para que, em intervenções de menor envergadura, o interessado possa, ele próprio, atestar o cumprimento das normas urbanísticas edilícias, dispensando-se as demais etapas instrutórias do controle prévio pelo Poder Público. Trata-se, a título ilustrativo, da figura constante no Decreto Municipal nº 14.477/17, de Florianópolis.<sup>34</sup>

Perceba-se que, na licença por declaração, não há, a rigor, a isenção de prévio licenciamento. Há a substituição da análise ou instrução, pelo Poder Público, do projeto e demais documentos, pela declaração particular. Essa declaração instrui o processo e culmina com a expedição de um alvará. O alvará, ainda, é necessário para autorizar a intervenção.

Em síntese, somente se admite a isenção de licenciamento quando, comprovadamente, se sabe, por sua natureza ou porte, que a atividade não é causadora de relevante impacto ambiental e urbanístico. Quer-se

<sup>33</sup> “Art. 13 Não estão sujeitas a licenciamento, nos termos deste Código, a execução de:

I – obra e serviço de reparo e limpeza;

II – restauro, entendido como a recuperação de imóvel sob o regime de preservação municipal, estadual ou federal, de modo a lhe restituir as características originais, a ser autorizado pelo órgão competente;

III – alteração do interior da edificação que não implique modificação na estrutura que interfira na estabilidade da construção;

IV – modificação do interior da edificação que não implique na redução das condições de acessibilidade e segurança existentes;

V – execução de obra e serviço de baixo impacto urbanístico de acordo com o disposto neste Código.

§ 1º Consideram-se de baixo impacto urbanístico, dentre outras, a:

I – construção e demolição de obras complementares à edificação com área construída de, no máximo, 30,00 m<sup>2</sup> (trinta metros quadrados);

II – instalação de saliência, com as seguintes características e dimensões em relação ao plano da fachada da edificação:

a) elemento arquitetônico, ornato, jardineira, floreira, brise, aba horizontal e vertical, com até 0,40 m (quarenta centímetros) de profundidade;

b) beiral da cobertura com até 1,50 m (um metro e meio) de largura;

c) marquise em balanço, não sobreposta, que avance no máximo até 50% (cinquenta por cento) das faixas de recuo obrigatório e com área máxima de 30,00 m<sup>2</sup> (trinta metros quadrados);

III – construção de muro no alinhamento e de divisa;

IV – construção de muro de arrimo com altura máxima de 2,00m (dois metros);

V – construção de espelho d’água, poço e fossa;

VI – construção de piscina em edificação residencial unifamiliar e unidade habitacional no conjunto de habitações agrupadas horizontalmente;

VII – substituição de material de revestimento exterior de parede e piso ou de cobertura ou telhado;

VIII – passagem coberta com largura máxima de 3 m (três metros) e sem vedação lateral.”

<sup>34</sup> “Art. 1º O licenciamento de obras para edificações poderá ser solicitado mediante declaração de conformidade, sob responsabilidade solidária do proprietário, do profissional responsável técnico pelo projeto arquitetônico e do profissional responsável técnico pela execução, nos seguintes casos:

a) Edificações de uso unifamiliar com área total construída de até 750m<sup>2</sup> e gabarito de até dois pavimentos;

b) Edificações de uso residencial multifamiliar com até oito (08) unidades e área total construída de até 750m<sup>2</sup>;

c) Edificações de uso comercial com área total construída de até 300m<sup>2</sup>, exceto postos de abastecimento, casas noturnas, edificações educacionais e estabelecimentos de serviço de saúde;

d) Edificações de uso multifamiliar transitório com até doze (12) unidades de hospedagem e área total construída de até 750m<sup>2</sup>;

Parágrafo único. No caso de reformas com acréscimo a área total construída da edificação, com o acréscimo, deverá possuir a área máxima descrita no caput para o licenciamento de forma declaratória. [...]

Art. 3º O licenciamento da obra expedido mediante declaração não será precedido de análise técnica pelo município do projeto arquitetônico apresentado, sendo o atendimento à legislação e normas vigentes, assim como as informações contidas no projeto arquitetônico e na documentação, de responsabilidade exclusiva e solidária do proprietário, do profissional responsável técnico pelo projeto arquitetônico e do profissional responsável técnico pela execução.

Art. 4º O projeto arquitetônico apresentado será auditado por amostragem pelo setor responsável pela análise de projetos da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, Planejamento e Desenvolvimento Urbano após o licenciamento da obra; Art. 5º Identificado impedimento, mormente de ordem urbanística, judicial, ou ambiental, quanto à localização da edificação, o licenciamento não será expedido”.

dizer, com isso, que a isenção dos atos públicos de liberação da atividade, prevista no inciso I do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, só alcança os atos de aprovação ambiental e urbanístico se eles, os próprios atos de autorização e licenciamento urbanísticos, forem dispensados ou declarados inexigíveis pela legislação ambiental e urbanística correlata.

Do contrário, urge compatibilizar o regime estatuído no inciso I do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica com a incidência da norma que exige o prévio licenciamento, ambiental e urbanístico, da atividade econômica. Se a atividade econômica é licenciável, consoante a regulamentação específica nas áreas ambiental e urbanística, a isenção dos atos de aprovação administrativos previstos na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica não alcançará a licença/autorização ambiental e urbanística. A isenção dos atos de “liberação” da atividade econômica somente será plena, isto é, alcançará também licenças/autorizações ambientais/urbanísticas, se a atividade for, específica e expressamente, declarada não sujeita à respectiva licença/autorização na normatização ambiental e/ou urbanística.

### **3.1.4 A norma ambiental e/ou urbanística não pode isentar a respectiva licença/autorização para atividades potencialmente causadoras de impactos relevantes no meio ambiente e na vizinhança**

Por fim, e isso diz respeito com o argumento precedente, a incidência da regra que venha a qualificar a atividade como de baixo risco (ou da regra que isente o empreendedor de licenças e autorizações ambientais e urbanísticas nas respectivas normatizações) deverá ser materialmente compatível com a natureza da atividade em questão.

O legislador ou o ente federado (admitindo-se a definição de atividades de baixo risco por atos administrativos de prefeitos e governadores) não pode, em tese, isentar do licenciamento atividade que, sabidamente, provoca ou pode provocar impactos relevantes no meio ambiente e na vizinhança, eximindo-a de submeter tais impactos ao prévio escrutínio do Poder Público realizado no bojo de um licenciamento prévio.

É inconstitucional a norma que torna inexigível o prévio licenciamento de atividade que, materialmente, é capaz de provocar impactos relevantes no meio ambiente e na vizinhança sem que as medidas mitigadoras e compensatórias tenham sido definidas antes da implantação/operação. Essa leitura se deduz dos incisos IV e V do artigo 225 da Constituição da República, que estatuem, expressamente, a avaliação prévia de impacto como incumbência do Poder Público e o dever estatal de prevenção de riscos para a vida, qualidade de vida e meio ambiente.

Ainda que o dispositivo constitucional faça menção a uma modalidade específica de avaliação de impactos ambientais — o estudo de impacto ambiental, exigível para atividades potencialmente causadoras de “significativo” impacto — a lógica é perfeitamente aplicável a qualquer espécie de avaliação de impactos e, por consequência, qualquer modalidade de licenciamento, inclusive licenciamentos simplificados para atividades causadoras de impactos menos significativos. A avaliação de impactos deve, como regra, preceder o desenvolvimento da atividade; a exceção, isto é, a não submissão de uma atividade à avaliação de impactos, ocorre quando não existem impactos ou quando eles são irrelevantes.

Nesse sentido, recentemente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5312, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual de Tocantins que dispensava atividades agrossilvopastoris (potencialmente poluidora e utilizadora de recursos naturais) do prévio licenciamento ambiental.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE DISPENSA ATIVIDADES AGROSSILVIPASTORIS DO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A competência legislativa concorrente cria o denominado “condomínio legislativo” entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a

Em conclusão, não é necessariamente inconstitucional a previsão, abstrata, de que determinadas atividades possam ser isentadas do licenciamento ambiental e urbanístico especialmente se, em desenvolvimento legislativo ulterior ou no plano regulamentar, as atividades subsumidas a essa previsão venham a corresponder àquelas que (a depender de suas peculiaridades, natureza e porte), reconhecidamente não justificam o exercício do controle prévio nas esferas ambientais e urbanísticas, assim definidas pela normatização correlata.

Padece, contudo, de inconstitucionalidade, a regra que subtrai do controle prévio de polícia administrativa as atividades definidas na legislação ambiental e urbanística como potencialmente impactantes ou degradantes. Encaminhamento desse tipo suprimiria, em prol de interesses privados, a atribuição constitucionalmente assegurada ao Poder Público de avaliar previamente os riscos e impactos e definir medidas mitigadoras e compensatórias pertinentes, desnaturando a vocação preventiva da gestão urbanística e ambiental.

Atuar depois, como quer a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ao defender a análise de conformidade posterior, pode ser, em muitos casos, tarde demais.

### 3.2 Aprovação tácita diante do silêncio administrativo

A primeira frente de atuação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, como visto, foi isentar de licenciamento (no qual se deduz incluído o licenciamento ambiental e urbanístico) as atividades de baixo risco.

A segunda frente de atuação é a previsão da aprovação tácita da pretensão do particular (aqui referidas, por ilação lógica, às outras atividades não isentas da autorização/licença) quando a Administração Pública não cumprir o prazo previsto em norma específica para resposta ao particular, nos seguintes termos:

Art. 3º [...] IX – ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

O problema, já delineado no tópico precedente, ocorre quando a atividade econômica que se pretende desenvolver é capaz de provocar impactos relevantes no meio ambiente natural ou construído. Nesse caso, e justamente para prevenir, mitigar e compensar referidos impactos, é que se justifica o exercício do controle administrativo prévio da atividade econômica pelo Poder Público, competência constitucionalmente prevista e atribuída à Administração Pública.

Na redação original da Medida Provisória da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881/19) havia a previsão de que a aprovação tácita não teria lugar nas atividades de “justificável risco”.<sup>36</sup>

---

edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar — quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) — e da competência legislativa plena (supletiva) — quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º). 2. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins. 3. O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade. 4. A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental. 5. Ação direta julgada procedente” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5312. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 25 de out. de 2018. STF. Brasília, Disponível em <stf.jus.br>. Acesso em 22 out. 2019).

<sup>36</sup> “Art. 3º[...] § 7º O disposto no inciso IX do caput não se aplica quando: [...] II – versar sobre situações, prévia e motivadamente,

No processo de conversão da Medida Provisória em Lei, a Câmara dos Deputados optou por suprimir essa previsão.

Na versão final da Lei aprovada pelo Legislativo, havia, ainda, a previsão de que o prazo para análise concreta do pedido de licença não se confundia com as previsões gerais acerca do processamento daqueles pedidos, incluídos os prazos da Lei Complementar nº 140/11. O dispositivo (§9º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) foi vetado pela Presidência da República ao argumento de que seria “inconstitucional por violação ao dever do Poder Público de prevenção ambiental insculpido no caput do art. 225 da Constituição da República”.

Em 19 de dezembro de 2019 o Presidente da República editou o Decreto Federal nº 10.178/19, com o objetivo de dispor sobre os critérios a serem adotados para classificação de atividades de baixo risco e para a aprovação tácita. O §3º do artigo 10 do Decreto Federal nº 10.178/19 repete as exceções à aprovação tácita constantes no §6º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, afastando-as nos processos que versam sobre questões tributárias e de propriedade intelectual, mas nada dispondo sobre os licenciamentos ambientais e urbanísticos<sup>37</sup>.

Esse cenário poderia induzir ao entendimento de que a aprovação tácita teria lugar em licenciamentos e aprovações ambientais e urbanísticas.

Aliás, abra-se um parêntese para registrar que, pelo menos em matéria urbanística, essa sempre foi a intenção declarada dos idealizadores da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O material de divulgação da Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica produzido pelo Ministério da Economia mencionava como exemplo da então pretendida aprovação tácita justamente a análise de Estudos de Impacto de Vizinhança, nos seguintes termos:

No momento de submissão do pedido de aprovação do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), o particular receberá um prazo elaborado para ele pelo próprio órgão em que, quando findo, se o Estado tiver se mantido em silêncio, será considerado aprovado.<sup>38</sup>

A intenção é, no mínimo, contraditória. Se uma atividade pode, potencialmente, causar impactos na vizinhança a ponto de ser necessário avaliá-los por meio de um Estudo de Impacto de Vizinhança, é de todo temerário permitir seu exercício a título precário sem que esses impactos sejam devidamente mapeados e antes de serem definidas as medidas mitigadoras e compensatórias correspondentes. Fecha-se o parêntese.

O cerne da questão é que, do ponto de vista ambiental e urbanístico não é prudente que a aprovação tácita tenha lugar diante de atividades causadoras de significativos ou relevantes impactos ambientais e urbanísticos. Isso suprimiria, injustificadamente, a prerrogativa de avaliação de impactos e definição de medidas mitigadoras pelo Poder Público. Caso não se esteja diante de uma atividade em que se descarte, de antemão, relevantes impactos ambientais e urbanísticos, a aprovação tácita deve ser afastada.

---

consideradas pelo órgão ou pela entidade da administração pública responsável pelo ato de liberação da atividade econômica como de justificável risco”.

<sup>37</sup> “Art. 10. A autoridade máxima do órgão ou da entidade responsável pelo ato público de liberação fixará o prazo para resposta aos atos requeridos junto à unidade.

§ 1º Decorrido o prazo previsto no caput, a ausência de manifestação conclusiva do órgão ou da entidade acerca do deferimento do ato público de liberação requerido implicará sua aprovação tácita.

§ 3º O disposto no caput não se aplica:

I - a ato público de liberação relativo a questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de direitos de propriedade intelectual;

II - quando a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública; ou

III - quando se tratar de decisão sobre recurso interposto contra decisão denegatória de ato público de liberação.”

<sup>38</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. MP da Liberdade Econômica. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>>, acesso em 15 de janeiro de 2020.

### **3.2.1 A exceção da aprovação tácita nas atividades causadoras de significativo impacto ambiental introduzida pela Medida Provisória nº 915, de 27 de março de 2019**

A inexistência de qualquer ressalva expressa, na redação original da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, da aprovação tácita inclusive para atividades causadoras de impactos é, de fato, um grave equívoco.

Tanto isso é verdade que três meses após a publicação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica a Presidência da República incluiu um dispositivo na Medida Provisória nº 915, em 27 de dezembro de 2019, na tentativa de corrigir o problema. A Medida Provisória nº 915/19 (que tratava inicialmente de aprimorar “os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União”) alterou a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica para acrescentar o §12º ao artigo 3º desta, assim vazado:

§12. O disposto no inciso IX do caput não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente.

Não se sabe, ainda, se a Medida Provisória nº 915/19 será de fato convertida em lei ou se caducará. De qualquer forma, é importante desde já consignar duas ordens de comentários à exceção da aprovação tácita veiculada no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Primeiro, a ressalva contida no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é específica e limitada aos licenciamentos ambientais. Não há qualquer menção às atividades com significativo impacto na vizinhança, o que mantém o problema persistente nos licenciamentos urbanísticos.

Segundo, a Medida Provisória nº 915/19 trata de uma categoria bastante específica de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais, as atividades causadoras de “significativos” impactos ambientais.

A abrangência/intensidade dos impactos ambientais é uma variável de suma importância no Direito Administrativo Ambiental, porque ela define (ou pode definir), a um só tempo, qual deve ser o instrumento de avaliação desses impactos (o estudo ambiental que deve ser produzido pelo particular para instruir o pedido de licenciamento) e o próprio rito do licenciamento.

Por expressa dicção constitucional as atividades causadoras de impactos significativos no meio ambiente (essa é a categoria referida na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) devem ser licenciadas mediante a elaboração de um Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA).<sup>39</sup> Atividades causadoras de significativos impactos no meio ambiente são normalmente licenciadas pelo rito mais complexo, inclusive com realização de audiências públicas (na forma preconizada pela Resolução CONAMA nº 3/87).

Se os impactos da atividade não forem significativos (mas ainda relevantes a ponto de exigirem uma avaliação ambiental prévia por parte do Poder Público) o licenciamento pode ser instruído por estudos menos complexos (como Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Preliminares, por exemplo) e tramitar por procedimentos simplificados. É importante frisar que mesmo assim, nesses casos, o Poder Público exerce controle prévio da atividade potencialmente degradante em um processo de licenciamento ambiental. Também nesses casos os impactos são mapeados e as medidas mitigadoras/compensatórias devidamente estipuladas e acompanhadas.

O ponto que se quer chegar é que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica afastou a aprovação tácita apenas das atividades causadoras de impactos significativos, que são, como dito, licenciadas mediante Estudo de Impacto Ambiental. Todas as demais atividades causadoras de impactos relevantes, licenciadas

<sup>39</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

por Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Preliminares, por exemplo, não estariam contempladas na exceção veiculada no §12º do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (na forma preconizada pela Medida Provisória nº 915/19), o que faria, pelo menos nesses casos, o problema persistir.

Uma gama vastíssima de atividades que usualmente são licenciadas por ritos simplificados e instruídas por estudos menos complexos<sup>40</sup> (como estruturas de apoio náutico, estações de tratamento de efluentes, condomínios e loteamentos, uma série de atividades industriais etc.), ainda que potencialmente causadoras de impactos relevantes (mas não significativos) a ponto de merecer um controle prévio, prudente e adequado (com estipulação de medidas mitigadoras e compensatórias desses impactos), estariam liberadas tacitamente, o que soa, no mínimo, temerário.

A solução cogitada pela Medida Provisória nº 915/19, por não tratar dos licenciamentos urbanísticos e por contemplar apenas uma categoria de atividade impactante (de impactos “significativos”, licenciados por Estudos de Impacto Ambiental), não trata de forma adequada a possível temeridade de se permitir o exercício de atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais sem o indispensável mapeamento e definição prévia de medidas mitigadoras e compensatórias.

### **3.2.2 A adequada inteligência da aprovação tácita nos domínios ambientais e urbanísticos**

Defende-se, nessa linha de argumentação, que a aprovação tácita não deve ter lugar quando a pretensão versar sobre atividades potencialmente causadoras de impactos, especialmente quando a normatização específica (ambiental e urbanística) exigir, como condição para a anuência do Poder Público com o exercício da atividade, a avaliação prévia daqueles mesmos impactos. Isso porque a avaliação prévia de impactos é a oportunidade em que, por excelência, realizam-se os devidos mapeamentos, atestam-se os limites de tolerabilidade previstos na norma e, eventualmente, definem-se as correspondentes medidas mitigadoras e compensatórias.

Especificamente em matéria ambiental, agrega-se a circunstância de que a previsão específica veiculada no §3º do artigo 14 da Lei de Competências Ambientais (Lei Complementar nº 140/11)<sup>41</sup> — de que o decurso do prazo para processamento da licença não autoriza a prática de ato que dela dependa — permanece válida e não foi derogada pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O silêncio negativo em licenciamentos ambientais (previsto no §3º do artigo 14 da Lei Complementar nº 140/11) é uma das “hipóteses expressamente vedadas em lei”, como refere a parte final do inciso IX do artigo 3º da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que excetua e afasta a aplicação da aprovação tácita. Frise-se que o §3º do artigo 14 da Lei de Competências Ambientais não faz distinção ou se limita apenas aos casos de “significativo” impacto ambiental eventualmente analisados por meio de Estudos de Impacto Ambiental (EIV), mas se refere a toda atividade ambientalmente licenciável (com qualquer potencial de impacto, avaliado por qualquer tipo de estudo).

Ainda que não se entendesse dessa forma, a previsão da Lei de Competências Ambientais é específica e veiculada em norma hierarquicamente superior à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, razão pela qual, de acordo com o já citado ensinamento de Norberto Bobbio, prevalece sobre esta.<sup>42</sup>

De todo modo, para que não haja conflito ou antinomia seria de bom tom que os entes federados já dispusessem, em lei ou ato regulamentar, de forma clara e expressa, a relação das atividades sujeitas ao controle

<sup>40</sup> Isso a depender a depender da regulamentação das tipologias das atividades impactantes editada dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.

<sup>41</sup> “Art. 14 [...] § 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15”.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 108.

prévio nos âmbitos urbanísticos e ambientais (exercício do controle que pressupõe, justamente, impactos relevantes a serem avaliados) consideradas capazes, por si só, de gerar impactos relevantes, a fim de afastar do seu âmbito o regime da aprovação tácita. Nesse caso não existiriam dúvidas quanto aos efeitos do silêncio, evitando-se intervenções capazes de, irremediavelmente, comprometer a ordem ambiental e urbanística.

À guisa de conclusão, cumpre cogitar a repercussão que a aprovação tácita, em matéria urbanística e ambiental, pode gerar, em termos de segurança jurídica, tão necessária para viabilizar empreendimentos e ambientes saudáveis de negócios.

Muitas vezes, para muitos empreendedores, não interessa, apenas, a aprovação rápida do empreendimento. A aprovação célere, dotada de maior precariedade, pode não atribuir ao empreendedor o grau de certeza e segurança necessários para se fazer os aportes e investimentos no negócio.

Em muitos casos, não interessa qualquer aprovação, mas a aprovação que se sustenta. Num contexto em que o ato administrativo convencional já não tem grande prestígio perante o controle externo (que não presta maiores deferências nem vê qualquer dificuldade em suspender e anular atos autorizativos expedidos pela Administração Pública), é de se presumir que a aprovação feita nessas circunstâncias, de forma tácita, possa não resolver o problema do setor empresarial, pelo menos na extensão pretendida pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Sem uma análise séria, defensável, do diagnóstico e dos impactos ambientais e urbanísticos, a atividade pode ficar mais vulnerável ao controle externo, mais sujeita a riscos de impugnação da legalidade da implantação e operação. Isso pode desencorajar a realização dos investimentos que se propunha destravar na edição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica

## 4 Considerações finais

No que toca às repercussões ambientais e urbanísticas, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica parece ser dotada de boas intenções. No entanto, a adequação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ao regime jurídico constitucional nesses âmbitos dependerá do acerto da regulamentação ulterior.

É imprescindível que a definição das atividades de baixo risco a ser feita pelos entes federados seja compatibilizada e integrada com a normatização ambiental e urbanística sobre atividades licenciáveis, a fim de evitar conflitos e antinomias. É importante considerar que a classificação a ser feita pelos Municípios pode ensejar conflito de competência com os Estados. Além do mais, seria antijurídica a classificação de determinada atividade de baixo risco, para fins de isenção de licenciamento ambiental e urbanístico, de atividade que, sabidamente, é suscetível de causar impactos relevantes do meio ambiente e na vizinhança.

Outrossim, a aprovação tácita deve ser afastada quando a pretensão do particular envolver uma atividade potencialmente impactante, situação que demanda uma análise preventiva do Poder Público quanto a abrangência, tolerabilidade e medidas mitigadoras/compensatórias destes impactos, o que deve ser necessariamente feito dentro de um regular processo licenciatório. Deve também ser assegurada aos entes federado a possibilidade de definirem, no âmbito de suas competências, o rol de atividades (causadoras de relevantes impactos ambientais ou urbanísticos) excluídas do regime de aprovação tácita, atividades que, se forem desenvolvidas sem a definição preliminar de medidas de mitigação e compensação de impactos, seriam potencialmente capazes de causar alterações negativas irreversíveis no meio ambiente natural e urbano.

## Referências

ABRIR empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. G1, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/abrir-empresa-no-brasil-e-exercicio-de-paciencia-contraburocracia.html>, acesso 19 mai. 2019.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental. Coimbra: Almedina, 1998.

AREOSA, João. O risco no âmbito da teoria social. In: VI Congresso Português de Sociologia. 2008.

ALVES, Luís. O Regime Jurídico do “Licenciamento Zero”. Lisboa: Almedina, 2012.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 123, 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/lcp123.htm). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 140/11. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 0006757-86.2013.8.25.0000. Relator: Ruy Pinheiro da Silva. Aracaju, SE, 3 set. 2013. TJSE. Aracaju, Disponível em: [tjse.jus.br](http://tjse.jus.br). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução CGSIM nº 51, de 12 de junho de 2019. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Brasília, DF: Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, 2019. Disponível em <https://>

[www.legisweb.com.br/legislacao/?id=378467](http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=378467). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA nº 01, de 23 de janeiro de 1986. Brasília, DF: Conselho Nacional do Meio Ambiente, 1986. Disponível em <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Conselho Nacional do Meio Ambiente, 1997. Disponível em <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5312. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 25 de out. de 2018. STF. Brasília, Disponível em [stf.jus.br](http://stf.jus.br). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo nº 5000767-81.2012.4.04.0000. Relator: Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2012. TRF4. Porto Alegre, Disponível em: [trf4.jus.br](http://trf4.jus.br). Acesso em: 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação e Reexame Necessário nº 5058181-18.2014.4.04.7000. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 19 de nov. de 2015. TRF4, Porto Alegre, disponível em: [trf4.jus.br](http://trf4.jus.br). Acesso em: 22 out. 2019.

COMUNIDADE EUROPEIA. Directiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro de 2006. Relativa aos serviços no mercado interno. Estrasburgo: Parlamento Europeu e Conselho, 2006. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32006L0123>. Acesso 22 out. 2019.

DEBATEDORES criticam prejuízos com demora na expedição de licenças ambientais. Câmara dos Deputados, Brasília, 13 mai. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/meio-ambiente/487902-debatedores-criticam-prejuizos-com-demora-na-expedicao-de-licencas-ambientais.html>. Acesso 19 mai. 2019.

FLORIANÓPOLIS. Decreto Municipal nº 14.477 de 10 de abril de 2017. Regulamenta o licenciamento de obras no município de Florianópolis, expedido mediante declaração de conformidade, nos termos da Lei Complementar nº 611, de 2017, a qual instituiu o projeto Agiliza Floripa e alterou dispositivos da Lei Complementar nº 60, de 2000. Florianópolis, SC: Prefeitura Municipal, 2017. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/2000/6/60/lei-complementar-n-60-2000-institui-o-codigo-de-obras-e-edificacoes-de-florianopolis-e-da-outras-providencias>. Acesso 22 out. 2019

GOMES, Carla Amado. Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MAAKAROUN, Bertha. Zema critica entraves em Minas para licenciamento ambiental. Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, 5 dez. 2018. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna\\_politica,1010611/zema-critica-entraves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/05/interna_politica,1010611/zema-critica-entraves-em-minas-para-licenciamento-ambiental.shtml). Acesso 19 de mai. de 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. MP da Liberdade Econômica. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>>, acesso em 15 de janeiro de 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato administrativo e direito dos administrados. São Paulo: RT, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

POLITO, Rodrigo. Licenciamento de obra demora nove anos no Brasil. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 11 nov. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5988113/licenciamento-de-obra-demora-9-anos-no-brasil>, acesso 19 de mai de 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei 10, de 16 de janeiro de 2015. Aprova o regime de acesso e de exercício de diversas atividades de comércio, serviços e restauração e estabelece o regime contraordenacional respetivo. Lisboa: Presidência da República, 2015. Disponível em [https://dre.pt/home/-/dre/66229856/details/maximized?p\\_auth=ULzGls63](https://dre.pt/home/-/dre/66229856/details/maximized?p_auth=ULzGls63). Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 48, de 1º de abril de 2011. Simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas no âmbito da iniciativa «Licenciamento zero», no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 49/2010, de 12 de Novembro, e pelo artigo 147.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro. Lisboa: Presidência da República, 2011. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/277581/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA%2048%2F2011%2C%20de+1+de+abril>. Acesso 22 out. 2019.

SANTA CATARINA, Resolução CONSEMA nº 99, de 5 de maio de 2017. Aprova, nos termos da alínea a, do inciso XIV, do art. 9º da Lei Complementar Federal nº 140, de 8 de dezembro de 2011, listagem das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, sujeitas ao licenciamento ambiental municipal e estabelece outras providências. Florianópolis, SC: Conselho Estadual de Meio Ambiente, 2017. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=345931>. Acesso 22 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução CONSEMA nº 98, de 5 de maio de 2017. Aprova, nos termos do inciso XIII, do art. 12, da Lei nº 14.675, de 13 de abril de 2009, a listagem das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, define os estudos ambientais necessários e estabelece outras providências. Florianópolis, SC: Conselho Estadual de Meio Ambiente, 2017. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=345935>. Acesso 22 out. 2019.

SÃO PAULO. Lei nº 16.642, de 9 de maio de 2017. Aprova o Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo; introduz alterações nas Leis nº 15.150, de 6 de maio de 2010, e nº 15.764, de 27 de maio de 2013. São Paulo, SP: Prefeitura Municipal, 2017. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/codigo-de-obras-sao-paulo-sp>. Acesso 22 out. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, vol. 3, p. 66-72, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil*, v. 20, n. 02, p. 11, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A declaração de direitos de liberdade econômica (MP nº 881) e o Direito Privado. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 227, 2019

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A intervenção federal nos Estados Unidos:** o emprego da cláusula de segurança, violência doméstica e poderes presidenciais de emergência

**The federal intervention in the United States:** using the security clause, domestic violence and presidential emergency powers

José Adércio Leite Sampaio

# A intervenção federal nos Estados Unidos: o emprego da cláusula de segurança, violência doméstica e poderes presidenciais de emergência\*

## The federal intervention in the United States: using the security clause, domestic violence and presidential emergency powers

José Adércio Leite Sampaio\*\*

### Resumo

A intervenção federal nas entidades subnacionais de segundo nível é uma excepcionalidade que se faz uso como forma de garantir-lhes a regularidade institucional e o respeito à lealdade federativa. Nos Estados Unidos, a intervenção se tem feito com base na Cláusula de Garantia da República, na Cláusula contra a Violência Doméstica e no poder presidencial de emergência. O presidente, em regra, faz uso de milícias e tropas federais para solucionar conflitos internos, insurreições e tumultos, bem como situações de graves desastres e comoção social, que colocam em risco a integridade do governo e os direitos dos indivíduos. Trata-se de um poder limitado, mas de difícil controle judicial. A intervenção federal, pela sua forma de expressão e intencionalidade, é caracterizada pela ambiguidade que o revela como um “black hole” da normatividade constitucional.

**Palavras-chave:** Estado federal. Intervenção federal. Direito Constitucional dos Estados Unidos.

### Abstract

Federal intervention in second-level sub-national entities is an exceptionality that is used as a way of guaranteeing their institutional regularity and respect for federative loyalty. In the United States, intervention has been made on the basis of the Republican War Clause, the Domestic Violence Clause and the Presidential Emergency Power. The president, usually, makes use of militias and federal troops to resolve internal conflicts, insurrections and riots, as well as situations of serious disasters and social commotion, which endanger the integrity of government and the rights of individuals. It is a limited power; whose judicial review is so hard as unpredictable. Federal intervention, by its form of expression and intentionality, is characterized by the ambiguity that reveals it as a “black hole” of constitutional normativity.

**Keywords:** Federal state. Federal intervention. United States Constitutional Law.

\* Recebido em 24/08/2019  
Aprovado em 16/09/2019

\*\* Pós-Doutor pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. Email: joseadercio.contato@gmail.com

## 1 Introdução

A autonomia das entidades subnacionais é um dos eixos conceituais do Estado federal, gerando direitos, poderes e deveres recíprocos entre a união (ou governo central) e aquelas entidades. À primeira vista, essas entidades são titulares de um poder constitucional oponível à união e às demais entidades. E é assim que deve ser. Há, todavia, um dever correlato a esse poder: o de bem exercer o espaço de autonomia, protegendo os direitos de seus habitantes e respeitando a “lealdade federativa”. Sempre que descumpre com esse dever, pode ter de submeter-se a constrangimentos, resumidos, quase sempre, à declaração judicial de inconstitucionalidade de seus atos e omissões; mas podem ser mais severos: a perda total ou parcial da sua autonomia. Do ponto de vista da união, a autonomia das entidades envolve um dever negativo, de abstenção ou de não interferência nos domínios das competências subnacionais; e um dever positivo, de intervenção para fazê-la respeitar nos quadros definidos pela Constituição federal. Esse dever positivo, se expressa em apoio ou auxílio àquelas entidades, mas, às vezes, se opera por meio da intervenção nos seus negócios internos.

A intervenção federal é esse instrumento excepcional, por meio do qual a união, em nome de todo o Estado federal, assegura o regular exercício da autonomia subnacional — notadamente das entidades de segundo nível como estados-membros, províncias, cantões, regiões e os diversos nomes que assume no direito constitucional comparado —, dentro dos marcos estabelecidos pela Constituição federal. Trata-se de um conceito-limite, em que habitam dois mundos: o do recurso a instrumento de exceção para assegurar — e tutelar — a autonomia subnacional; e o do uso de um expediente que, *de facto*, pode suspender o núcleo federal da Constituição.

Esse ambiente brumoso requer um estudo especial, quase sempre negligenciado pela literatura constitucional. É esse o objetivo do presente trabalho. Escolheu-se, para análise, o Estado federal por excelência — e origem da forma estatal —, os Estados Unidos. Em seu desenvolvimento, com uso de revisão bibliográfica e exame jurisprudencial, foram identificados dois centros de gravidade constitucional da intervenção federal, dados pelo Art. IV da Constituição estadunidense: a Cláusula de Garantia da Forma Republicana, mais conhecida como Cláusula de Garantia, e a Cláusula de Violência Doméstica. Poder presidencial de emergência se impôs entre eles como importante elemento para compreensão do fenômeno.

## 2 A intervenção federal

A autonomia das entidades federais, notadamente daquelas de segundo nível com a pluralidade de denominações que recebem como estados-membros, províncias e cantões, é um requisito das federações<sup>1</sup>. Cuida-se de um poder-dever tanto para a união (ou governo central) quanto para as próprias unidades federativas. Como poder das entidades, ela tem um núcleo positivo, de exercício das competências que lhes são constitucionalmente exercidas, sem interferência de outras entidades ou da união. Como dever, manifesta-se no zelo que deve ter a essa mesma autonomia, na proteção dos direitos dos seus habitantes e no respeito à lealdade federativa. Por lealdade federativa, há de se entender não apenas a manutenção jurídica e fática dos vínculos federativos, mas também a promoção da Constituição federal e da solidariedade entre as partes da federação<sup>2</sup>, ainda que de índole processual apenas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of Democracy*, v. 10, n. 4, p. 19-34, 1999; ROBERTSON, David. *The Routledge Dictionary of Politics*. 3. ed. London: Routledge, 2004.

<sup>2</sup> Fallen, 1980; BAUER, Hartmut. *Die Bundestreue: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*. Berlin: Mohr Siebeck, 1992; VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto *et al. Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675.

<sup>3</sup> O sentido procedimental de lealdade federativa envolve a consideração e apoio recíprocos, baseando-se no espírito de solidariedade que conduza à coordenação estimulada e, até certo ponto, a cooperação, mas que não é de todo incompatível com a competição. A Bundestreue“ de que trata a Lei Fundamental de Bonn (art. 107). requer uma unidade cooperativa e coordenada

Para união, como sucede com as demais entidades federativas, impõe-se um dever de não interferência na economia interna daquelas entidades. Como poder, a união detém uma excepcional competência de fiscalização do exercício da autonomia subnacional, de modo a identificar situações anômalas que revelem o descumprimento dos deveres federativos por parte das entidades. Um poder que se deve exercer nos quadros estritos estabelecidos na Constituição federal. Um poder jurídico, porquanto expresso no texto constitucional, mas de firme matiz política, qualificada por um ampla discricionariedade<sup>4</sup>.

Essa dualidade merece atenção e estudo, e nada mais desafiador do que iniciá-lo a partir da matriz do estado federal contemporâneo: os Estados Unidos. Logo de saída se nota a projeção daquela ambiguidade: a Constituição estadunidense diz muito pouco a respeito. Seu Art. IV, Sec. 4, dispõe: “Os Estados Unidos garantirão a cada Estado desta União uma forma republicana de governo e protegerão cada um deles contra a invasão; e, a pedido da Legislatura, ou do Executivo (quando a Legislatura não puder ser convocada), contra a violência doméstica”<sup>5</sup>.

Estão ali definidas, em sua primeira parte, a Cláusula de Garantia (do governo republicano) e, na segunda, a Cláusula da Violência. Não diz como se dará essa garantia. Na prática constitucional daquele País, ela se tem realizado, em regra, com a mobilização de tropas federais para os estados que as violem. É discutível, como se verá, se a competência de o fazer é inerente ao cargo de presidente da República ou se está afeita à disciplina legislativa. O poder presidencial de declarar emergência nacional se pode somar às duas Cláusulas, não contando, todavia, com previsão constitucional expressa<sup>6</sup>. Mostra-se, em qualquer modo, um paradoxo reforçado: a autonomia dos estados, no estado matriz da federação, pode ser suspensa, total ou parcialmente, por um decreto presidencial, ainda que fundado no roteiro normativo previsto numa lei do Congresso.

### 3 A cláusulas de garantia e de violência doméstica na constituição estadunidense

O Art. IV, Seção 4 da Constituição, dá poderes à união de intervir nos estados para dar cumprimento à Cláusula de Garantia (“Guarantee Clause”) e a Cláusula de Violência Doméstica (“Domestic Violence Clause”). A primeira delas se destina a assegurar: a) a forma republicana de governo, e b) a proteção dos estados contra invasão estrangeira ou por outro estado. A segunda visa proteger cada estado contra a “violência doméstica”, desde que haja pedido do poder legislativo ou, em não estando reunido e não podendo ser convocado, do poder executivo estaduais<sup>7</sup>. As duas expressões, “forma republicana de governo” e “violência

---

dos entes federativos, como uma imposição de assistência jurídica e administrativa mútua (art. 35.1), de equilíbrio macroeconômico (art. 109.2) e fiscal (arts.106.3(1) e (2), e 106.4) e de conduta favorável (ou amigável) ao regime federativo (BVerfGE 1, 299 (315). VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto *et al.* *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675. p. 633-634. Esse sentido substantivo da lealdade estaria sendo desafiada pela reforma constitucional de 2006; WOLLMAN, Hellmut. *The recent reform of german federalism: towards more heterogeneity and competition between the Länder?* 2009. Disponível em: [http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann\\_federalism\\_reform.pdf](http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann_federalism_reform.pdf). Acesso em: 22 mar. 2018. p. 20. Na Áustria, é sentido é menos substantivo, identificado com a consideração mútua, baseada na cooperação e coordenação das unidades centrais e constituintes, do federalismo austríaco, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional (v.g. VfSlg 10.292/1984; 15.552/1999) GAMPER, Anna. A “global theory of federalism”: the nature and challenges of a Federal State. *German Law Journal*, v. 6, n. 10, p. 1298-1318, 2005. p. 1311.

<sup>4</sup> CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 368-369.

<sup>5</sup> The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.

<sup>6</sup> DOUGHERTY, Candidus. “Necessity hath no law”: executive power and the posse comitatus act. *Campbell Law Review*, v. 31, p. 1-50, 2008. p. 18; BARRON, David J.; LEDERMAN, Martín S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008. p. 989-990.

<sup>7</sup> A garantia de proteção contra violência doméstica pode ser vista como uma parte da garantia republicana. NATELSON, Robert G. Guarantee Clause. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew (eds). *The heritage guide to the constitution*. Washington, D.C.: The

doméstica”, são indeterminadas, dando margem a diversas interpretações e, portanto, diferentes hipóteses de autorização da intervenção federal<sup>8</sup>.

A expressão “violência doméstica” tem sido empregada, por parte da literatura, para significar atos massivos de violência como levantes e insurreições, embora também se reivindique um sentido mais amplo, de violência generalizada ou em grande escala, o que poderia incluir, por exemplo, as relações familiares e de gênero<sup>9</sup>. Os defensores do sentido mais restrito se aferram à ideia de que era o que inspirara os convencionais da Filadélfia,<sup>10 11</sup> embora haja dúvidas de que a intenção original tenha sido, de fato, reduzir o seu significado a ações insurrecionais<sup>12 13</sup>.

Para a segunda corrente, a garantia contra violência doméstica se destina a evitar ou reprimir atentados e violações em massa à lei penal como casos de roubo, estupro e assassinato, que perturbem a paz interna e a ordem pública. Se o estado não puder combatê-las com suas forças ordinárias, é dever do legislativo ou, na sua falta, do executivo estadual solicitar a proteção federal<sup>14</sup>. O termo, portanto, abrangeria não apenas ameaças diretas à autoridade do governo, mas também ações que indiretamente a pusessem em risco, desafiando a capacidade de um estado proteger seus cidadãos<sup>15</sup>. A Suprema Corte tem revelado maior simpatia à compreensão restritiva, todavia<sup>16</sup>.

A Cláusula de Garantia, por seu turno, visa à estabilidade dos Estados Unidos como uma união republicana de estados republicanos, de três maneiras: a) protegendo os estados existentes de tumultos e insurreições; b) preservando a integridade nacional, e c) evitando que os estados adotem uma forma não

---

Heritage Foundation, 2014. p. 368.

<sup>8</sup> WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972. p. 78; TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 372.

<sup>9</sup> STEIN, Mark S. The domestic violence clause in “new originalist” theory. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, v. 37, p. 129-140, 2009.

<sup>10</sup> MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002; BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

<sup>11</sup> A cláusula de violência doméstica foi acrescentada à Constituição em resposta à rebelião dos Shays em Massachusetts entre 1786 e 1787. Fazendeiros descontentes daquele estado fecharam as cortes estaduais e ameaçaram a legislatura. O Congresso, agindo sob os artigos da confederação e preocupado com o fato de que a rebelião poderia afetar outros estados, solicitou militares dos estados vizinhos para combatê-la, mas foi ignorado. Esse episódio marcou os convencionais. A rebelião havia sido debelada três meses antes dos trabalhos da Convenção, mas havia deixado suas lições. Os convencionais resolveram incluir a possibilidade de intervenção federal para assegurar a tranquilidade doméstica nos estados. MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002. p. 139. E é, sob esse olhar, que deve ser entendida a cláusula BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 37.

<sup>12</sup> STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston; Cambridge: Hiliard, Cray, and Co; Brown; Shattuck, and Co., 1833. p. 471-472; COOLEY, Thomas. *General principles of constitutional law in the United States*. Boston: Little Brown & Co., 1880. p. 198; TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 380.

<sup>13</sup> Os debates também indicariam que os convencionais pensavam num sentido estrito e noutro amplo. De acordo com Wilson “The object [of the Clause] is merely to secure the States agst. dangerous commotions, insurrections and rebellions”. Entretanto, para Randolph, seriam dois os objetos: “1. to secure Republican Government. 2. to suppress domestic commotions. He urged the necessity of both these provisions”. FARRAND, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911. p. 43.

<sup>14</sup> RAWLE, William. *A view of the Constitution of the United States of America*. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829. p. 299.

<sup>15</sup> BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 39.

<sup>16</sup> Em *United States v. Lopez*, foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei federal que proibia a posse de armas de fogo nas imediações das escolas, por faltar ao Congresso competência para legislar sem vinculação com a Cláusula do Comércio. Em *United States v. Morrison*, uma decisão de 5 a 4, tomada cinco depois de *Lopez*, declarou-se inconstitucional a seção do “Violence Against Women Act (VAWA)” de 1994, que dava às vítimas de violência motivada por gênero o direito de processar seus agressores em um tribunal federal, mantendo intacto, porém, o financiamento do programa federal de apoio às vítimas. Nem a Cláusula do Comércio nem a Décima Quarta Emenda dariam essa competência ao Congresso. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5.ZO.html> Acesso em: 11 mar. 2018

republicana de governo<sup>17 18</sup>. Note-se que as duas primeiras hipóteses se aproximam da Cláusula da Violência Doméstica, embora sem preverem a necessidade de requerimento estadual.

A derradeira abre intensa discussão. Entende-se, de modo geral, que ela se destina a prevenir que o governo estadual se degenera em tirania ou assuma formas monárquicas ou aristocráticas. Entretanto, a república poderia exigir mais: reforçar um amplo direito de participação política do povo<sup>19</sup>; ou menos: impedir a supressão absoluta da democracia representativa<sup>20</sup>. Há quem nela veja o corolário da vontade da maioria<sup>21</sup>, embora outros autores associem-na exatamente à proteção das minorias e aos direitos individuais<sup>22</sup>. Não há quem deixe de ver a cláusula, primária ou supletivamente, como uma proteção à autonomia dos estados, pois funcionaria como barreiras à iniciativa do legislador federal de aprovação de um código penal nacional abrangente ou mesmo de uma lei sobre educação e sobre direito de família e relações domésticas, que substituíssem toda a competência legislativa que, pela Constituição, seria estadual.<sup>23, 24</sup>

A intervenção federal, com uso de tropas, baseada nessas cláusulas, foi disciplinada em diversas leis<sup>25</sup>. A primeira é de 1792 (“Calling Forth Act”) e autorizava o presidente a convocar milícia<sup>26</sup> para suprimir insurreições, repelir invasões e garantir que as leis fossem fielmente cumpridas. Ela foi sucedida pela “Militia Act” em 1795. Em 1807, foi aprovada o “Insurrection Act” que expandia a expressão até então utilizada de “milícia” para incluir também as forças armadas, com vista a combater violências domésticas<sup>27</sup>. Em 1861, foi aprovada o “Suppression of the Rebellion Act”, modificada em 1871 na forma do “Ku Klux Klan (Civil Rights) Act”<sup>28</sup>.

As leis de 1792, 1795, 1861 e 1871 foram codificadas nos “Estatutos Revisados dos Estados Unidos” em 1875, reimpressos no “Código dos Estados Unidos em 1926”, e, enfim, reunidas, mais tarde, no Título

<sup>17</sup> TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007. p. 372.

<sup>18</sup> Em sua origem, a “república” não era incompatível com a escravidão, como reconheceu implicitamente Madison. MADISON, James. Paper n. 43. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Dover, 1787. p. 212. As duas cláusulas tiveram aplicação contraditória, tanto em defesa dos direitos civis, quanto no combate a manifestações que os reivindicavam. McCURDY, Charles W. *The anti-rent era in New York law and politics, 1839-1865*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2001. p. 70-71.

<sup>19</sup> BONFIELD, Arthur E. Baker v. Carr: new light on the constitutional guarantee of Republican Government. *California Law Review*, v. 50, p. 245-263, 1962.

<sup>20</sup> LINDE, Hans A. Who is Responsible for republican government? *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 709-731, 1994.

<sup>21</sup> AMAR, Akhil R. The central meaning of republican government: popular sovereignty, majority rule, and the denominator problem. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 749-786, 1994. p. 763.

<sup>22</sup> CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994. p. 868-869.

<sup>23</sup> TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 910.

<sup>24</sup> Uma visão mais restritiva entende que a cláusula reforça a limitação da competência legislativa penal da união a apenas três casos: traição, falsificação e pirataria no alto mar não podendo o Congresso criar outras figuras penais, valendo-se da “Cláusula do Comércio”. BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 80-81. Veja-se a discussão e a assunção da cláusula como competência e barreira ao poder presidencial. ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>25</sup> O uso de tropas para garantia da execução das leis, mesmo em apoio às autoridades com a função de aplicá-la, seja por meio da realização de prisão, seja mediante busca apreensão, investigação e vigilância, é vedado pelo “Posse Comitatus Act” de 1878. As exceções devem ser previstas em lei como os dois exemplos mencionados no texto. WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 52-53.

<sup>26</sup> O termo “milícia” se refere à força militar que conta com pessoas treinadas sem serem soldadas profissionais, todavia. De acordo com o Título 10, Sec. 311, do Código dos Estados Unidos: a milícia norte-americana consiste de todos os homens fisicamente aptos, entre 17 e 45 anos de idade que são, ou que fizeram uma declaração de intenção de se tornar, cidadãos dos Estados Unidos e de mulheres cidadãos dos Estados Unidos que são membros da Guarda Nacional. As classes da milícia são: (1) a milícia organizada, que consiste na Guarda Nacional e a Milícia Naval; e (2) a milícia desorganizada, que consiste nos membros da milícia que não são membros da Guarda Nacional ou da Milícia Naval.

<sup>27</sup> HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 881-882.

<sup>28</sup> HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 887-888.

10 do Código, “Insurrection Act”<sup>29</sup>. Nesse Título, autoriza-se a ajuda federal aos governadores estaduais, quando solicitada, semelhante às Leis de 1795 e 1807 (Sec. 331)<sup>30</sup>, o uso da milícia e forças armadas para cumprimento da competência federal, mesmo sem a concordância do estado, a parecer-se com a Lei de 1861 (Sec. 332)<sup>31</sup>, e execução de lei federal e estadual, independentemente, também, do consentimento do estado, incluindo disposições das Leis de 1861 e 1871 (Sec. 333) em casos de insurreição, rebelião e atentado a igual proteção das leis, respectivamente<sup>32</sup>. Dedique-se à última disposição um exame mais detido.

A seção 333 foi promulgada a fim de garantir o respeito pelos estados à igual proteção da lei, prevista na Emenda XIV<sup>33</sup>. De acordo com ela, o presidente, usando a milícia, as forças armadas, ou ambas, ou por qualquer outro meio, tomará as medidas que considerar necessárias para suprimir, em um estado, qualquer insurreição, violência doméstica, combinação ilegal ou conspiração, que:

- a) Dificultar a execução das leis estaduais ou federais, privando a população, ou parte dela, do exercício de qualquer direito, privilégio, imunidade ou proteção, assegurados pela Constituição e pelas leis, e estando as autoridades constituídas do estado incapazes de enfrentá-las deliberadamente ou não; ou
- b) Opuser ou obstruir a execução das leis federais ou impedir a prestação jurisdicional dessas leis.

O primeiro requisito é, portanto, de extensão e gravidade dos atos que ensejam a intervenção. Há três situações possíveis. Uma é dada pela presença de violência em massa ou de tumultos generalizados. A outra pode ser identificada pelo grande número de responsáveis por violação da legislação criminal federal sobre direitos civis, a ponto de inviabilizar uma resposta eficaz das autoridades estaduais. Enfim, pode suceder de serem as autoridades estaduais ou municipais as responsáveis pelo uso extremo de força contra parcela da população<sup>34 35</sup>. O segundo requisito é a oposição e obstrução de cumprimento de lei federal ou estadual que vulnere direitos constitucionais ou legais. Não basta a mera violação da lei, mas um sério impedimento à sua execução, demonstrada, principalmente, pela impossibilidade de as autoridades estaduais e locais executarem-na, por exemplo, protegendo a população dos crimes e violações perpetradas em massa ou por uma multidão<sup>36 37</sup>. Ou de os tribunais a aplicarem, prejudicando o exercício de um direito e garantia, inclusive

<sup>29</sup> HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010. p. 890.

<sup>30</sup> Whenever there is an insurrections in any State against its government, the President may, upon the request of its legislature or of its governor if the legislature cannot be convened, call into Federal service such of the militia of the other States, in the number requested by that State, and use such of the armed forces, as he considers necessary to suppress the insurrection.

<sup>31</sup> Whenever the President considers that unlawful obstructions, combinations, or assemblages, or rebellion against the authority of the United States, make it impracticable to enforce the laws of the United States in any State by the ordinary course of judicial proceedings, he may call into Federal service such of the militia of any State, and use such of the armed forces, as he considers necessary to enforce those laws or to suppress the rebellion.

<sup>32</sup> CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 364.

<sup>33</sup> A redação dessa Seção foi modificada pelo “Enforcement Act” em 2006, revogado logo depois. A modificação mais controversa da Seção 333 dava amplos poderes ao presidente para mobilizar tropas em caso de violência doméstica associada a desastre natural, epidemia ou outra grave emergência de saúde pública; ataque ou incidente terrorista, ou outra condição. A segunda grande mudança feita na primeira sentença da Seção, substituindo “shall” por “may”, reforçando a ideia de que a competência presidencial era discricionária. HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.

<sup>34</sup> FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 445, 460-461.

<sup>35</sup> A mera declaração do prefeito e do chefe da polícia local, expressando sua desaprovação com manifestações que ocorriam em Louisiana contra a proibição de negros frequentarem restaurantes de brancos (ocupando-os) e a intenção de aplicar a lei penal para debelá-la foram interpretadas como uma ação estatal violadora da cláusula de igual proteção — era como se estivessem autorizando a segregação nos restaurantes. ESTADOS UNIDOS. *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/267/> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>36</sup> ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>37</sup> A incapacidade de o estado enfrentar a situação equivalia a sua omissão, para os propósitos da 14ª emenda: “no State may effectively abdicate its responsibilities by either ignoring them or merely failing to discharge them whatever the motive may be [...]. By its inaction, the Authority, and through it the State, has not only made itself a party to the refusal of service, but has elected to place its power, property and prestige behind the admitted discrimination”. ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365

o acesso ao judiciário e o devido processo legal.

As leis insurrecionais não foram muito aplicadas. Rutherford B. Hayes talvez tenha sido o primeiro presidente a fazer uso dela. Em 1877, a pedido do governador da Virgínia, enviou tropas federais para ajudar a pôr fim a uma rebelião trabalhista os ferroviários. Woodrow Wilson também fez uso de sua competência durante a greve do carvão de Colorado em 1914<sup>38</sup>. Em várias ocasiões, porém, os presidentes se recusaram a atender a pedidos de assistência. Ora, porque partiam de pessoas sem legitimidade para requerer; ora, porque o estado não havia demonstrado a insuficiência de seus próprios recursos para enfrentar o problema; ou por conveniência política<sup>39</sup>.

O uso mais recente dessas disposições legais está associado à garantia de cumprimento de ordens judiciais<sup>40</sup>. O final da década de 1950 e início da década seguinte assistiram ao envio de tropas destinadas a dar efetividade às decisões que determinavam a integração racial nas escolas dos estados do sul<sup>41</sup>. Os presidentes se valeram dos três dispositivos do “Insurrection Act”. A ajuda do presidente Bush ao governador da Califórnia, para combater tumultos em Los Angeles em 1992, se baseou genericamente em todo o ato. Os presidentes Eisenhower e Kennedy fundamentaram-se, na Sec. 332, para o envio de tropas, destinadas a garantir o cumprimento da política de integração racial nas escolas do Arkansas e Alabama, e para controlar os protestos por direitos civis no Alabama e Mississipi. Kennedy também se valeu da Sec. 333 para enviar tropas ao Alabama em 1963 durante as marchas por direitos civis<sup>42</sup>.

Cabe ao presidente avaliar esses requisitos e decretar a intervenção. Trata-se de um juízo discricionário, para alguns, no entanto, necessário e vinculado, para outros<sup>43</sup>. Em 1827 e 1849<sup>44</sup>, a Suprema Corte considerou absoluta a discricionariedade presidencial<sup>45</sup> <sup>46</sup>, reformulando seu pensamento, em 1866, no sentido da competência vinculada<sup>47</sup>. Nos três casos, porém, sem possibilidade de controle judicial. Em 1963, deixou-se entreaberta a porta de concessão de liminar contra o uso de tropas<sup>48</sup>. Pelo menos, há um consenso de que

U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018. p. 725.

<sup>38</sup> JENSEN, Billie B. Woodrow Wilson's intervention in the coal strike of 1914. *Labor History*, v. 15, p. 63-77, 1974.

<sup>39</sup> Teria sido o caso dos esforços federais e da resistência estadual na violência associada à devastação provocada pelo furacão Katrina. HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.

<sup>40</sup> Em 1963, o governo federal não esperou descumprimento de ordem judicial para deslocar tropas federais para as vizinhanças de Birmingham em virtude dos distúrbios na cidade. O procurador-geral dos Estados Unidos havia feito declaração de que a gravidade dos distúrbios e a propensão da polícia do Alabama de mais inflamar do que pacificar o ambiente estariam a exigir, de acordo com a Sec. 333, o uso de tais tropas. Em vista disso, o governador do Alabama pediu que a Suprema Corte determinasse a retirada das tropas do estado. A Corte negou a ordem, sob fundamento de que os movimentos de tropas eram apenas medidas preparatórias, não tendo sido utilizadas efetivamente: ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/545.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>41</sup> FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 416-417.

<sup>42</sup> WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 53-54.

<sup>43</sup> CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970. p. 368-369.

<sup>44</sup> “By th[e] 1795 Act], the power of deciding whether the exigency had arisen upon which the government of the United States is bound to interfere, is given to the President. (...) “[I]f the President in exercising this power shall fall into error, or invade the rights of the people of the State, it would be in the power of Congress to apply the proper remedy.” ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 How. (48 U.S.) 1 (1849). p. 43-45. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>46</sup> De acordo com o Justice Story, a quem coube externar a decisão unânime da Corte: “We are all of opinion that the authority to decide whether the exigency has arisen, belongs exclusively to the President, and that his decision is conclusive upon all other persons. We think that this construction necessarily results from the nature of the power itself, and from the manifest object contemplated by the [1795 Militia Act]” ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*, 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). p. 30. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>47</sup> ESTADOS UNIDOS. *Supervisors v. United States*, 71 U.S. 735 (1866b). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/435/case.html> Acesso em 14 mar. 2018.

<sup>48</sup> ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme->

ao presidente cabe escolher os meios e formas da intervenção, se com uso das forças armadas, de milícias estaduais ou por outros meios<sup>49</sup>.

Antes do decreto, entretanto, exige-se que faça uma proclamação, ordenando o fim da violência ou abuso dentro de determinado prazo (Sec. 334)<sup>50</sup>. Visa-se dar um alerta final aos autores dos atos violentos de que, a perdurarem tais atos, haverá o emprego das forças armadas<sup>51</sup>. Descumprido o prazo, que, em regra, é muito curto, o presidente edita uma “ordem executiva” em que autoriza o emprego das tropas, sob coordenação do Departamento de Defesa<sup>52 53</sup>.

Não deixa de ser curioso o fato de a intervenção federal, por meio do uso de milícia ou das forças armadas, terem sua disciplina feita por uma lei do Congresso, fazendo uso do Art. I(8)(15) da Constituição. E, pior ainda, se entender-se que se trata de um poder inerente do presidente como se verá adiante.

Assim como é merecedor de atenção também o fato de a legislação que disciplina, especialmente quando dispensa a vontade do governo estadual, exigir uma interpretação que não se contente com a literalidade da Cláusula de Violência Doméstica, querendo a teleologia que a imanta, e suas conexões de sentido — sistemático — com a Cláusula de Garantia. Algo que se torna ainda mais agudo com o uso dos poderes presidenciais de emergência.

## 4 O poder presidencial de emergência

O presidente dos Estados Unidos possui a competência de declarar estado de emergência nacional, passando a agir com amplos poderes, inclusive de intervenção federal com uso de tropas. Como não há uma previsão constitucional expressa dessa competência, entende-se que ela é decorrência da sua condição de chefe do executivo e, mais especificamente, de comandante-em-chefe das forças armadas (art. II(2) (1)) ou, ainda, que é derivada de seu dever de garantir o cumprimento das leis dos Estados Unidos, derivado da “Take Care Clause” (art. II(3)). Trata-se, portanto, de um “poder inerente” do presidente<sup>54 55</sup>.

Embora o poder de emergência esteja mais direcionado para o plano das relações internacionais e quadros de ameaça à segurança nacional ou guerra, ele também se pode voltar para o plano interno, inclusive sem requerer disciplina legislativa. Se um estado se recusa a enviar forças militares para enfrentar uma emergência, como uma revolta da população ou uma terrível quarentena de saúde, o presidente deve agir nessas situações com os poderes capazes de superá-la<sup>56</sup>.

---

court/373/545.html Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>49</sup> FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966. p. 451.

<sup>50</sup> A proclamação está prevista no 10 U.S.C. § 334: “Whenever the President considers it necessary to use the militia or the armed forces under this chapter [chapter 15], he shall, by proclamation, immediately order the insurgents to disperse and retire peaceably to their abodes within a limited time.”

<sup>51</sup> RICH, Bennett M. *The Presidents and Civil Disorder*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1941. p. 206.

<sup>52</sup> WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 54.

<sup>53</sup> Diversas leis autorizam o secretário de defesa a prestar auxílio às forças federais ou estaduais de segurança: WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009. p. 54-55.

<sup>54</sup> Dougherty, 2008, p. 18 ss; BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008. p. 989-990.

<sup>55</sup> A Suprema Corte reconheceu um “poder presidencial inerente de emergência”, extraído da “Take Care Clause”. ESTADOS UNIDOS. *Cunningham v. Neagle*, 135 U.S. 1, 67 (1890). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/135/1/> Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>56</sup> ESTADOS UNIDOS. *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). p. 307. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/280/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.; FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 279.

De acordo com o Departamento de Defesa, o presidente pode adotar todas as medidas necessárias para garantir a preservação da ordem pública dentro de limites territoriais do País, independente de autorização congressional<sup>57</sup>. Em caso de ameaça ao funcionamento regular do governo estadual e às competências federais ou quando houver risco a vidas ou à destruição de bens, causados por distúrbios civis, desastres ou calamidades, que superem a capacidade de resposta estadual efetiva, poderá o presidente fazer uso de seu poder de emergência. Normalmente, a adoção de tais medidas deve ser autorizada por ordem executiva, mas os oficiais do Departamento de Defesa e os comandantes militares podem adotá-las sem autorização prévia em casos de distúrbios civis súbitos e inesperados provocados por violência generalizada ou decorrentes de terremotos, incêndios, inundações ou outras situações de perigo e calamidade, desde que as autoridades locais não possam controlar a situação e as circunstâncias impossibilitem a obtenção de autorização prévia do presidente da República, sem prejuízo da imediata comunicação ao chefe do executivo, quem, enfim, decide a respeito<sup>58</sup>.

Não raras vezes, porém, esse poder inerente se vale da “Insurrection Act” ou de outros dispositivos legais que conferem poderes extraordinários ao presidente como forma de, ao mesmo tempo, reduzir as críticas de eventual abuso, e de ampliar o arsenal de competências e medidas à sua disposição<sup>59</sup> 60. A interconexão das fontes jurídicas que embasam e qualificam a intervenção por meio do uso das forças armadas ou militares federais é muito frequentemente encontrada ao longo da história estadunidense<sup>61</sup>. O uso do poder

<sup>57</sup> ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). p. 15. Disponível em: [https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525\\_5.pdf](https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf) Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>58</sup> ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). p. 15. Disponível em: [https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525\\_5.pdf](https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf) Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>59</sup> THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 772-773.

<sup>60</sup> Embora, de acordo com a Sec. 1621 da Lei de Emergência Nacional, o presidente deva especificar que competências legais empregará. Como se notará no texto, o controle congressista e judicial é, todavia, precário. Observa-se ainda que o poder presidencial de emergência inerente se alia ao poder delegado pelo Congresso, por exemplo, por meio da “Insurrection Act”, que é exercício das “Militia Clauses” do Art. I (15) e (16). Este dá os meios para aquele. A Lei de Emergência tenta domesticar o executivo, mas a “inerência” com a “delegação” lhe fogem entre os dedos. VLADECK, Stephen I. *Emergency Power and the Militia Acts*. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 149-194, 2004.

<sup>61</sup> O uso do poder presidencial de emergência, com uso de tropas federais, não envolve necessariamente a declaração de “estado de sítio” ou “martial law” de âmbito nacional ou necessariamente intervenção federal. Há casos em que a “martial law” é decretada pelo governador do estado, seguindo-se de pedido de apoio das tropas federais. Em 1892, em Coeur d’Alene, Idaho, o governador do estado declarou a lei marcial, para enfrentar violências praticadas durante uma greve de mineiros, solicitando o envio de tropas federais. Além de muitas prisões, houve o julgamento dos líderes por um tribunal militar. Em 1914, a lei marcial foi utilizada pelo governador do Colorado também para enfrentar grevistas que trabalhavam em minas de carvão em Ludlow. O presidente Wilson enviou tropas federais para acabar com a violência. Entre 1920 e 1921, a situação se repetiu, agora, em West Virginia: governador decretou lei marcial e pediu envio de tropas federais para enfrentar os grevistas das minas de carvão. Em 1934, o governador da Califórnia decretou lei marcial nas docas de San Francisco para enfrentar os tumultos causados pela greve dos trabalhadores das docas. A Guarda Nacional foi chamada. Em 21 de maio de 1961, foi a vez de o governador do Alabama declarar lei marcial para enfrentar tumultos e o ingresso no estado de agitadores contrários às leis e costumes do estado. O decreto de lei marcial pode ser do prefeito municipal. Em virtude do grande incêndio de Chicago de 1871, o prefeito da cidade declarou estado de lei marcial, nomeando o general Philip Sheridan como comandante provisório da cidade. Alguns episódios relatam declaração de lei marcial pelo governante local, de modo a enfrentar as forças militares enviadas pelo governo federal ou estadual. Por exemplo, em 1857, o Presidente James Buchanan enviou forças federais para Utah para pôr fim ao governo teodemocrático do, então, território. O governador decretou lei marcial para enfrentá-las. Cenário parecido ocorreu em Illinois, entre prefeito e governador. O prefeito de Nauvoo declarou lei marcial no município para protegê-lo da milícia estadual. O governador enviou um grupo de homens ao local, pondo fim ao decreto do prefeito. Tecnicamente, a “lei marcial” é o governo pelos militares. A Suprema Corte já a definiu como “um substituto temporário da autoridade civil” para preservar a segurança de todos, diante de uma guerra civil ou invasão externa (“If, in foreign invasion or civil war, the courts are actually closed, and it is impossible to administer criminal justice according to law, then, on the theatre of active military operations, where war really prevails, there is a necessity to furnish a substitute for the civil authority, thus overthrown, to preserve the safety of the army and society; and as no power is left but the military, it is allowed to govern by martial rule until the laws can have their free course. As necessity creates the rule, so it limits its duration; for, if this government is continued after the courts are reinstated, it is a gross usurpation of power. Martial rule can never exist where the courts are open, and in the proper and unobstructed exercise of their jurisdiction. It is also confined to the locality of actual war.”) ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866a). p. 127. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018..

presidencial de urgência se alia, por exemplo, com a Cláusula de Violência Doméstica, para dar uma força legitimadora maior às medidas adotadas. É difícil, muitas vezes, separá-las. As mobilizações e tumultos que sacudiram Los Angeles, no início de 1992, podem ser lembrados a esse respeito. A incapacidade das forças militares locais de controlarem a situação fez com que o presidente enviasse quatro mil combatentes federais para a região. As forças federais, em conjunto com a Guarda Nacional da Califórnia, agora, federalizada, rapidamente solucionaram o problema<sup>62</sup>.

As leis promulgadas pelo Congresso com a finalidade de limitar o poder presidencial de emergência servem, na prática, para expandi-lo. Um exemplo disso é encontrado na Lei de Emergência Nacional (“National Emergency Act – NEA”), que foi aprovada em 1976 e na Lei Internacional dos Poderes Econômicos de Emergência (“International Emergency Economic Act – IEEPA”<sup>63</sup>) em 1977, com o nítido intuito de restringirem à competência presidencial na declaração de emergência, em razão do diagnóstico dos congressistas de que havia um campo muito amplo de discricionariedade do chefe do executivo<sup>64 65</sup>. Depois da aprovação das duas leis — e de outras tantas promulgadas em seguida<sup>66</sup> —, esses poderes somente aumentaram.

A Diretiva Presidencial de Segurança Nacional e Segurança Interna (“Diretiva NSPD 51”, “HSPD 20”, ou simplesmente “Diretiva Executiva 51”), talvez seja um bom exemplo dessa ampliação. Editada em 2007, a Diretiva autoriza adoção de procedimentos para garantia da “continuidade do governo federal” no caso de uma “emergência catastrófica”, sem necessidade de aprovação do Congresso. As definições dadas aos dois

---

A lei marcial é, de regra, acompanhada da suspensão de algumas liberdades e direitos, inclusive o habeas corpus, o que leva alguns a entenderem que a competência para decretá-la é do Congresso, em virtude o Art. I(9)) da Constituição. Prevalece, no entanto, a tese de que o presidente, como chefe do executivo e comandante-em-chefe das forças armadas, pode decretá-la, sem prejuízo do controle pelos congressistas. A fiscalização judicial da lei marcial é rara. Entretanto, a Suprema Corte, no caso acima (*Ex parte Milligan*), já teve oportunidade de realizá-la, ao declarar que a lei marcial e a suspensão do habeas corpus, decretadas por Lincoln em setembro de 1863 para todo o País, era inconstitucional. A lei marcial não poderia existir onde, por mais que convulsionada fosse a situação, as cortes estivessem funcionando. Ela deveria ser circunscrita aos locais onde estivesse ocorrendo efetivamente uma guerra (Estados Unidos, 1886, p. 127). Vejam-se, CORWIN, Edward S. Martial law, yesterday and today. *Political Science Quarterly*, v. 47, n. 1, p. 95-104, 1932. p. 286. Há quem assuma a equivalência entre as figuras: POE, Douglas A. The use of federal troops to suppress domestic violence. *American Bar Association Journal*, p. 168-171, 1968.

<sup>62</sup> FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 289.

<sup>63</sup> O IEEPA autoriza o presidente a declarar a existência de uma “incomum e extraordinária” ameaça à segurança nacional, à política externa ou à economia dos Estados Unidos que tenha sua fonte, total ou parcialmente, no estrangeiro (§1701(a)). O presidente pode, após declarar emergência, bloquear transações e congelar ativos para lidar com a ameaça (§ 1702(a)(1)(B)). No caso de um real ataque, o presidente também pode confiscar propriedades de um país, grupo ou pessoa que prestaram auxílio aos responsáveis (§1702(a)(1)(C)).

<sup>64</sup> ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *International Emergency Economic Act (IEEPA)*, 1977. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf> Acesso em: 12 mar. 2018.

<sup>65</sup> A Lei disciplina as competências presidenciais sobre estado de emergência e estabelece procedimentos para sua declaração. O presidente deve deixar expresso que poderes fará uso (sec. 1631) e notificar imediatamente o Congresso da declaração (sec. 1621(a)). A declaração chegaria ao fim por revogação expressa do presidente, pela sua não renovação anual ou por uma resolução conjunta (sec. 1622(a) e (d)). O Congresso deve votar a cada seis sobre a manutenção do estado de emergência (sec. 1622(b)). A Lei também exige que o presidente e as agências executivas mantenham registros de todas as ordens e regulamentos expedidos e que informem regularmente ao Congresso os custos incorridos (sec. 1641).

<sup>66</sup> Citem-se o “Stafford Act” de 1988, que autoriza o uso de tropas federais para ajudar os governos estaduais durante emergências, em situações de desastre natural, enquanto o trabalho for “essencial para a preservação da vida e da propriedade”. O presidente coordena a administração da ajuda humanitária, por meio da Agência Federal de Gestão da Emergência (FEMA) ou de outras agências governamentais. Em regra, deve haver um pedido estadual. No caso em que a emergência envolva responsabilidade primária federal, como a que ocorre em uma propriedade da união, o presidente pode inclusive anular ações e medidas tomadas pelo estado. A Lei do Serviço de Saúde Pública (“The Public Health Service Act”), promulgada em 1994, concede ao executivo o poder unilateral para declarar emergência nacional na área de saúde pública. Diversas outras normas de emergência foram aprovadas para controlar doenças transmissíveis, para prevenir a disseminação interestadual de doenças; para evitar a introdução, disseminação ou transmissão de doenças estranhas; para estabelecer a lista de doenças transmissíveis em quarentena e penalidades por violação dos regulamentos de quarentena; controle de aduana e de estrangeiros com doenças transmissíveis; autorização de cancelamento ou aterrisagem de voos ou restrição do espaço aéreo, devido a condições de emergência no solo; regulação do transporte interestadual, dentre outras. FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 300-301).

termos são demasiadamente vagas. A “emergência catastrófica” é “qualquer incidente, independentemente da localização, que resulte em níveis extraordinários de vítimas, danos ou perturbações em massa que afetem gravemente a população, a infraestrutura, o meio ambiente, a economia ou as funções do governo dos Estados Unidos” (art. 2(b))<sup>67</sup>. A “continuidade do governo” é apresentada como “um esforço coordenado dentro do Poder Executivo Federal para garantir que às Funções Nacionais Essenciais continuem a ser executadas durante uma emergência catastrófica”<sup>68</sup>.

Ainda mais problemática é a definição de “governo constitucional duradouro”: um esforço cooperativo entre os poderes executivo, legislativo e judiciário federais, coordenado pelo presidente,

como uma questão de cortesia em relação aos poderes legislativo e judiciário, para preservar a estrutura constitucional sob a qual a nação é governada e a capacidade de todos os três poderes de exercerem suas responsabilidades constitucionais e proverem uma sucessão ordenada, uma transição apropriada de liderança, [bem como] a interoperabilidade e apoio das Funções Essenciais Nacionais durante uma emergência catastrófica.<sup>69</sup>

Há diversos anexos à Diretiva que são considerados “classificados”, não sendo permitido o acesso ao público e sequer ao Congresso<sup>70</sup>.

A falta de controle judicial do estado de emergência, como se discutirá no tópico seguinte, é agravada pelas falhas ou insuficiências do controle exercido pelos congressistas<sup>71</sup>. De fato, embora o Congresso deva decidir a cada seis meses sobre a continuidade de um estado de emergência nacional, declarado com base na Lei de 1976, somente o fez uma vez<sup>72</sup>. Algumas diretivas de emergência permanecem em vigor por décadas. Em 1974, um relatório do Senado identificara quatro antigas declarações de emergência ainda vigendo: uma, de 1970, relativa à greve dos trabalhadores dos correios; outra, do ano seguinte, editada para combater a inflação; uma terceira, de 1950, adotada à época da guerra contra a Coreia; e uma ainda mais antiga, destinada a enfrentar a crise bancária de 1933<sup>73</sup>. Em 2013, havia, pelo menos, trinta emergências nacionais declaradas. Os números podem ser maiores, pois muitas diretivas presidenciais são mantidas em segredo, sob alegada justificativa de garantia de segurança nacional<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> “Catastrophic Emergency” means any incident, regardless of location, that results in extraordinary levels of mass casualties, damage, or disruption severely affecting the U.S. population, infrastructure, environment, economy, or government functions (Item 2(b)).

<sup>68</sup> “Continuity of Government”, or “COG,” means a coordinated effort within the Federal Government’s executive branch to ensure that National Essential Functions continue to be performed during a Catastrophic Emergency (Item 2(c)).

<sup>69</sup> “Enduring Constitutional Government”, or “ECG”, means a cooperative effort among the executive, legislative, and judicial branches of the Federal Government, coordinated by the President, as a matter of comity with respect to the legislative and judicial branches and with proper respect for the constitutional separation of powers among the branches, to preserve the constitutional framework under which the Nation is governed and the capability of all three branches of government to execute constitutional responsibilities and provide for orderly succession, appropriate transition of leadership, and interoperability and support of the National Essential Functions during a catastrophic emergency (Item 2(e)).

<sup>70</sup> EMISON, John A. *Lincoln Uber Alles: dictatorship comes to America*. Gretna: Pelican Publishing, 2009. p. 297-298.

<sup>71</sup> PAUST, Jordan J. *Beyond the Law: the Bush Administration’s Unlawful Responses in the “War” on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 70.

<sup>72</sup> THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 738.

<sup>73</sup> Note-se, por esse levantamento, que nem toda emergência trata de mobilização de tropas, podendo dizer respeito a diversas situações de crise. Em 1933, o presidente Roosevelt decretou estado de emergência diante da crise bancária no País, decretando feriado bancário por quatro dias até que o Congresso, em reunião conjunta, aprovasse a “Emergency Banking Act”. Essa lei, dentre outras medidas, estabeleceu a garantia dos depósitos bancários. Em 5 de abril de 1933, foi assinada a Ordem Executiva 6102 que criminalizou a posse de ouro monetário por qualquer indivíduo, associação ou corporação. HOLZNER, Henry Mark. How americans lost their right to own gold and became criminals in the process. *Brooklyn Law Review*, v. 39, p. 517-559, 1972. O presidente Nixon, por sua vez, declarou emergência nacional em 15 de agosto de 1971, para impor controles cambiais e restringir o comércio exterior em resposta a uma crise no balanço de pagamentos. Dentre as medidas, estavam o fim da capacidade dos bancos centrais estrangeiros de converter suas participações em dólar, em ouro, e um acréscimo de 10% nos produtos importados. IRWIN, Douglas A. The Nixon shock after forty years: the import surcharge revisited. *World Trade Review*, v. 12, p. 29-56, 2013.

<sup>74</sup> THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: cen-*

## 5 O difícil controle judicial da intervenção federal

Os motivos que podem levar a uma intervenção federal nos Estados Unidos, como a violação da Cláusula de Garantia ou da Cláusula de Violência Doméstica, assim como as situações autorizadoras do estado de emergência nacional, são arredios ao controle judicial. Antiga jurisprudência da Suprema Corte considera a qualificação de um governo estadual como republicano, por exemplo, uma questão política, carecendo de competência para enfrentá-la. A primeira decisão se deu em *Luther v. Borden*, de 1849. Desde sua fundação, Rhode Island fora governada por uma Carta que só permitia o voto aos homens proprietários de terras. Contra essa restrição, a população excluída, basicamente formada de homens sem terras, realizou sua própria convenção constitucional estadual e elegeu um Thomas Dorr como novo governador do estado, havendo, então, dois governos estaduais. Os líderes desse grupo acabaram sendo presos e o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte não conheceu do pedido, argumentando que a definição de um governo estadual como uma forma republicana legítima não era competência do judiciário. O presidente da Corte, Taney, lembrou que uma lei federal de 28 de fevereiro de 1795 autorizara o presidente a convocar a milícia em caso de insurreição contra o governo de qualquer estado. Portanto, no caso, cabia ao presidente decidir qual o governo estadual era legítimo, adotando as providências cabíveis contra o usurpador<sup>75</sup>.

Esse entendimento foi aplicado em diversas ocasiões durante o período da Reconstrução. Com um detalhe: a ação do presidente, ao estabelecer governos provisórios no final da guerra civil nos estados rebelados, era justificada como um exercício de seus poderes como Comandante-em-Chefe, cabendo ao Congresso resolver definitivamente o assunto<sup>76</sup>. Até meados do século XX, diversas disposições estaduais foram questionadas com base nessa Cláusula, todas, no entanto, receberam a mesma resposta<sup>77</sup>. As mesmas dificuldades se aplicam à Cláusula da Violência Doméstica, no mais das vezes, correlacionada com a de Garantia<sup>78</sup>. Parte da literatura tem encontrado sinais de que a Corte poderia rever esse posicionamento<sup>79, 80</sup>, o que não ocorreu até a conclusão do presente trabalho.

---

ennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 742-744.

<sup>75</sup> ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 Hon. (48 U.S.) 1 (1849). p. 43. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.; WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972.

<sup>76</sup> ESTADOS UNIDOS. *Texas v. White*, 7 Wall. (74 U.S.) 700, 729 (1869). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supreme-court/text/74/700> Acesso em: 14 mar. 2018. O estado da Geórgia quis que a legislação da Reconstrução não lhe fosse aplicada, ao argumento de que já possuía uma forma republicana de governo. A Corte, no entanto, declarou que a competência para esse julgamento cabia ao Congresso e não a ela. ESTADOS UNIDOS. *Georgia v. Stanton*, 6 Wall. (73 U.S.) 50 (1868). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/73/50/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>77</sup> *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912); *Kiernan v. City of Portland*, 223 U.S. 151 (1912); *O'Neill v. Leamer*, 239 U.S. 244 (1915); *Davis v. Ohio*, 241 U.S. 565 (1916); *Ohio v. Akron Park District*, 281 U.S. 74 (1930); *Highland Farms Dairy v. Agnew*, 300 U.S. 608 (1937). Em pelo menos dois casos, porém, a Corte examinou o mérito: *Minor v. Happersett* (21 Wall. (88 U.S.) 162 (1875)) e *Forsyth v. Hammond* (166 US 506 (1897)). THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013. p. 769.

<sup>78</sup> BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997. p. 82.

<sup>79</sup> BONFIELD, Arthur E. The guarantee clause of article IV, section 4: a study in constitutional desuetude. *Minnesota Law Review*, v. 46, p. 513-572, 1962; CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994.

<sup>80</sup> Acredita-se no avanço da definição de “political question”. ESTADOS UNIDOS. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html> Acesso em 11 mar. 2018. A leitura se concentra na ideia de que a Corte se pode valer da Cláusula como limite, judicialmente, aferível à competência federal. MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988. Na expressão que a ela deram alguns votos da Justice O'Connor, como em *Gregory v. Ashcroft* ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018. p. 463. E em *New York v. United States* ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992). p. 2432-2433. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

A situação se repete com os motivos autorizadores da declaração de emergência nacional. Já se afirmou que, ao agir de acordo com uma autorização expressa ou implícita do Congresso, a competência do presidente é quase plena, pois reúne seu direito próprio com aquele delegado pelo Congresso, sendo, especialmente no tocante ao juízo de necessidade da emergência, insusceptível de controle judicial<sup>81</sup>,<sup>82</sup>. A desnecessidade de autorização congressual para a declaração de emergência interna também foi expressamente reconhecida pela Suprema Corte. Sempre que uma situação grave colocar em risco a liberdade do comércio interestadual, o transporte do correio ou alguma outra competência do governo federal, o presidente pode recorrer ao “exército da Nação e a todas as suas milícias para remover os obstáculos”<sup>83</sup>.

Raramente se avança sobre os poderes presidenciais exercidos depois de declarada a emergência, embora já se tenha afirmado que não poderia apropriar-se de propriedade privada, fundando-se apenas na sua condição de comandante-em-chefe<sup>84</sup> <sup>85</sup>. No mais das vezes, porém, os tribunais dizem-se incompetentes para exercer a fiscalização da declaração e da execução da emergência, invocando a doutrina da “questão política”<sup>86</sup>.

## 6 A intervenção federal como um “black hole”

Chama a atenção a dualidade da intervenção federal. Trata-se de um regime de exceção que suspende total ou parcialmente a autonomia subnacional, para garanti-la dentro do equilíbrio e integridade federativos. Mas não deixa de ser, simultaneamente, um expediente que aplica um conteúdo constitucional (o poder de intervenção), desaplicando outro (a autonomia subnacional)<sup>87</sup>. Pode-se dizer que se trata de mais uma tarefa

<sup>81</sup> ESTADOS UNIDOS. *Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635 (1863). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018; ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). p. 670. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018; ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). p. 635. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

<sup>82</sup> Segundo o Justice Thomas: “The power to protect the Nation ought to exist without limitation because it is impossible to foresee or define the extent and variety of national exigencies, or the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them.” Na mesa sentada, declarou-se “The circumstances that endanger the safety of nations are infinite; and for this reason no constitutional shackles can wisely be imposed on the power to which the care of it is committed”. ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). p. 516, 580. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

<sup>83</sup> Estados Unidos, 1919, p. 381.

<sup>84</sup> ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018.

<sup>85</sup> De acordo com Justice Franfurter, o Judiciário era para resolver casos e controvérsias: “Judiciary is not the overseer of our government”. ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). p. 594. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018. O controle judicial é, portanto, a exceção nesse campo: “In the declared exercise of [the President’s] powers as Commander in Chief of the Army in time of war and of grave public danger, [is] not to be set aside by the courts without the clear conviction that [it is] in conflict with the Constitution or laws of Congress” ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). p. 25. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018. Já em o Justice Story havia reconhecido: “It may be fit and proper for the government, in the exercise of the high discretion confided to the executive, for great public purposes, to act on a sudden emergency, or to prevent an irreparable mischief, by summary measures, which are not found in the text of the laws” ESTADOS UNIDOS. *The Apollon*, 22 U.S. 362 (1824). p. 366-367. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/362/> Acesso em: 30 jul. 2019.

<sup>86</sup> GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 63; FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president’s authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012. p. 272.

<sup>87</sup> O tema remete à leitura schmittiana de Agamben: “O estado de exceção [...] é a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. [...] [A] união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação”. O que é mais denotativo do sentido expresso no texto: “Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 63.

de solução de conflito constitucional. E o é.

Porém, é mais: é um espaço nebuloso que coloca em suspeição a regularidade institucional, um triz entre a normatividade e a anomia, que requer um olhar atento para divisá-lo. Paradoxalmente, em situações assim, o judiciário tende a ser mais refratário a exercer controle sobre a situação, como sucede nos Estados Unidos<sup>88</sup>. E, mesmo que o fizesse, sua intervenção também estaria submersa nas dobras entre direito e política, entre a normatividade plena e sua mera facticidade<sup>89</sup>. Um encontro de contrários e uma tensão permanente entre a estabilidade, associada à fragilidade, do direito e a flexibilidade, com certa dose de capricho, do improviso da política que se perfazem na estratégia republicana e, agora, constitucional do domínio<sup>90</sup>.

A aparente contradição entre a valorização da autonomia estadual, a ponto de remanescer a imprecisa afirmação terminológica de “soberania” atribuída aos estados<sup>91</sup>, e a definição pelo Congresso das hipóteses de mobilização de tropas, por meio da qual se realiza a intervenção, é, de fato, a revelação daquele paradoxo<sup>92</sup>. Por outro lado, a abertura do texto, tanto horizontalmente, pela suposta e, por vezes, deliberada presença de lacuna, quanto verticalmente, pela imprecisão terminológica, é a estratégia de esconder o paradoxo<sup>93</sup>.

Não se pode deixar de ver, na mesma direção, que o direito, por meio da dupla abertura e de forma implícita, exclui o poder, notadamente o executivo, dos rigores do estado do direito, o que é mais sintomático (porque parece querer-se mostrar), quando a exclusão se faz de modo expresso por meio da impossibilidade de controle judicial, por exemplo, com a adoção doutrina das “political questions”. São os “black holes” da normatividade constitucional<sup>94</sup>. Aquela mesma abertura permite que se chegue ao mesmo lugar, embora com um esforço maior de argumentação, exigido por limitações do poder expressas de forma vaga o suficiente para admitir praticamente qualquer comportamento do poder. Eis os “grey holes” da normatividade<sup>95</sup>. No fim, são todas expressões da emergência ou da facticidade nos espaços de normatividade, erodindo a fé cega num estado constitucional de direito substantivo<sup>97</sup>.

Essa ambiguidade da intervenção federal não se resolve com o estudo analítico de sua expressão, mas é permitido conhecê-la, ao estudá-la. O reconhecimento da ambiguidade reforça o cuidado que a ela se deve dedicar: é um regime de exceção que requer, como tal, interpretação restrita e aplicação limitada<sup>98</sup> <sup>99</sup>. E, como tudo que se situa nas dobras entre o direito e a política, assim como entre a norma e sua efetividade, é necessária — com o seu paradoxo — à sobrevivência do próprio direito e, no caso, do estado federal<sup>100</sup>.

<sup>88</sup> GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 63.

<sup>89</sup> TEUBNER, Günther. *And God Laughed...: indeterminacy, self-reference, and paradox in law*. Florence: European University Institute, 1988.

<sup>90</sup> WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015. p. 22.

<sup>91</sup> MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988; BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v.66, p. 1-83, 1997.

<sup>92</sup> Algo que se conecta com a ambiguidade da luta antiterror nos Estados Unidos. Na verdade, a outra face do mesmo fenômeno tratado no texto. SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11. *Journal of Political Philosophy*, v. 14, p. 61-84, 2006.

<sup>93</sup> WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015. p. 30.

<sup>94</sup> STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 1-15, 2004. p. 1.

<sup>95</sup> DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 42.

<sup>96</sup> Ao fim, os “grey holes” são “black holes” disfarçados. DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 5.

<sup>97</sup> VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009. p. 1096-1097.

<sup>98</sup> HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

<sup>99</sup> Honig, todavia, chama atenção ao fato, também paradoxal, de que a teoria do estado de exceção, em sua pluralidade de forma, é um alimento à própria exceção HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 2-3.

<sup>100</sup> Veja-se, de novo com Honig, que, a seu ver, o paradoxo da política (antes ou depois mesmo de sua conexão com o direito)

## 7 Considerações finais

A intervenção federal é um instrumento excepcional nas federações. Por meio dela, procura-se garantir o equilíbrio entre a autonomia subnacional e a integridade federal. As Constituições federais procuram delimitar seu espaço e incidência. Nos Estados Unidos, a Cláusula de Garantia e a Cláusula de Violência Doméstica, previstas no Art. IV, Seção 4, dão poderes à união de intervir nos estados. A primeira o faz se estiver em causa a forma republicana de governo e a necessidade de proteção dos estados contra invasão estrangeira ou por outro estado. A segunda a autoriza para combater a violência doméstica, desde que haja pedido do legislativo ou, em não estando reunido e não podendo ser convocado, do executivo estaduais. A imprecisão dos dois termos, “forma republicana de governo” e “violência doméstica”, dá margem a diferentes interpretações.

Pode ocorrer, ainda, a intervenção federal, por meio de uma declaração presidencial de estado de emergência nacional. Os motivos autorizadores estão abertos ao juízo de discricionariedade presidencial no exercício de uma competência inerente ao seu cargo, ainda que existam leis que o tentam disciplinar, ao menos, formalmente.

Em regra, a intervenção se faz por meio da mobilização de milícias ou das forças armadas para enfrentar a crise no estado, caracterizada, normalmente, por tumulto ou violência generalizados. A disciplina dessa mobilização foi objeto de diversas leis ao longo da história estadunidense. A que está em vigor prevê diversas hipóteses de autorização. Algumas carecem de aquiescência do governo estadual no cumprimento literal da Cláusula de Violência Doméstica; outras permitem a mobilização mesmo sem essa aquiescência, o que pode ser interpretado como expressão de teleológica da Cláusula ou de sua conjugação com a Cláusula de Garantia. Ou, enfim, como decorrência do poder presidencial para declarar estado de emergência nacional. A Suprema Corte do País tem reiterado entendimento de que a aplicação das duas Cláusulas e a competência presidencial para declarar emergência estão inseridas no âmbito das questões políticas, sendo, portanto, imune ao controle judicial.

A análise do modelo estadunidense serve para demonstrar como a intervenção federal é um daqueles expedientes por meio do qual a Constituição (como o direito) se aplica (com a intervenção), desaplicando-se (com a suspensão da autonomia estadual). Não resta dúvida de que se trata de um instrumento de garantia do próprio estado federal e deve operar dentro dos quadros previstos constitucionalmente. Por isso mesmo, é reveladora de um paradoxo que habita a fronteira entre o direito e a política, o sistema jurídico-normativo e sua mera facticidade.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

AMAR, Akhil R. The central meaning of republican government: popular sovereignty, majority rule, and the denominator problem. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 749-786, 1994.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

---

não se resolve com demanda de justificação como pensa Habermas. HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3-4, 130. A questão não está em solucionar-se o paradoxo, mas em compreendê-lo no ambiente dinâmico (e nebuloso) em que vive. Por isso, parece certo quando afirma que o paradoxo do direito (e inclui-se, por conta própria, da política) mostra e ensina os limites do sistema e chama por responsabilidade HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 3.

- BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The commander in chief at the Lowest Ebb: a constitutional history. *Harvard Law Review*, v. 121, n. esp., p. 941-1112, 2008.
- BAUER, Hartmut. *Die Bundestreu*: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre. Berlin: Mohr Siebeck, 1992.
- BONFIELD, Arthur E. Baker v. Carr: new light on the constitutional guarantee of Republican Government. *California Law Review*, v. 50, p. 245-263, 1962.
- BONFIELD, Arthur E. The guarantee clause of article IV, section 4: a study in constitutional desuetude. *Minnesota Law Review*, v. 46, p. 513-572, 1962.
- BYBEE, Jay S. Insuring domestic tranquility: Lopez, federalization of crime, and the forgotten role of the domestic violence clause. *George Washington Law Review*, v. 66, p. 1-83, 1997.
- CHEMERINSKY, Erwin. Cases under the guarantee clause should be justiciable. *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 849-880, 1994.
- CHIKOTA, Richard A. *Riot in the cities: an analytical symposium on the causes and effects*. Rutherford: Fairleigh Dickinson University Press, 1970.
- COOLEY, Thomas. *General principles of constitutional law in the United States*. Boston: Little Brown & Co., 1880.
- CORWIN, Edward S. Martial law, yesterday and today. *Political Science Quarterly*, v. 47, n. 1, p. 95-104, 1932.
- DOUGHERTY, Candidus. "Necessity hath no law": executive power and the posse comitatus act. *Campbell Law Review*, v. 31, p. 1-50, 2008.
- DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- EDELSON, Chris. *Emergency Presidential power: from the drafting of the constitution to the war on terror*. Madison: The University of Wisconsin Press, 2013.
- EMISON, John A. *Lincoln Uber Alles: dictatorship comes to America*. Gretna: Pelican Publishing, 2009.
- ESTADOS UNIDOS. *Alabama v. United States*, 373 U.S. 545 (1963b). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/373/545.html> Acesso em: 14 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html> Acesso em 11 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/715/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *1 Stat. 424, de 28/2/1795*. Disponível em: <http://csa.systekproof.com/wp-content/uploads/2014/03/CHAP.-XXXVI.%E2%80%94Act-to-provide-for-calling-forth-the-Militia-to-execute-the-laws-of-the4.pdf> Acesso em: 16 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *Insurrection Act*. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partI-chap15.pdf> Acesso em: 18 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *International Emergency Economic Act (IEEPA)*, 1977. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf> Acesso em: 12 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. Congresso Nacional. *National Emergencies Act (50 USC 1601–1651)*. Disponível em: <http://policy.defense.gov/portals/11/Documents/hdasa/references/50%20USC%201601-1651.pdf> Acesso em: 11 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Cunningham v. Neagle*, 135 U.S. 1, 67 (1890). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/135/1/> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Cooperation with Civilian Law Enforcement Officials*, DOD Dir. 5525.5 (Encl. 4) § E4.1.2.3.1. (1986). Disponível em: [https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525\\_5.pdf](https://fas.org/irp/doddir/dod/d5525_5.pdf) Acesso em: 26 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/2/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Georgia v. Stanton*, 6 Wall. (73 U.S.) 50 (1868). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/73/50/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/280/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/507/opinion.html> Acesso em: 12 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *In re Debs*. 158 U.S. 564 (1895). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/158/564/case.html> Acesso em: 26 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267 (1963a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/267/> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Luther v. Borden*, 7 How. (48 U.S.) 1 (1849). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/case.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Martin v. Mott*. 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/19/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *National Security and Homeland Security Presidential Directive*. 2007. Disponível em: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/05/20070509-12.html> Acesso em: 21 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/144/case.html> Acesso em: 16 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Prize Cases*, 67 U.S. (2 Black) 635 (1863). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/67/635/case.html> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Supervisors v. United States*, 71 U.S. 735 (1866b). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/71/435/case.html> Acesso em 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Texas v. White*, 7 Wall. (74 U.S.) 700, 729 (1869). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/74/700> Acesso em: 14 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *The Apollon*, 22 U.S. 362 (1824). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/22/362/> Acesso em: 30 jul. 2019.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Code. Título 10, Capítulo XV. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title10/pdf/USCODE-2010-title10-subtitleA-partI-chap15-sec333.pdf> Acesso em: 11 mar. 2018.

- ESTADOS UNIDOS. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018
- ESTADOS UNIDOS. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-5.ZO.html> Acesso em: 11 mar. 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. 343 U.S. 579 (1952). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html> Acesso em: 11 mar. 2018.
- FAIRMAN, Charles. The law of martial rule and the national emergency. *Harvard Law Review*, v. 55, p. 1253-1302, 1941.
- FALLER, Hans J. El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania. *Revista de estudios políticos*, n. 16, p. 197-202, 1980.
- FARRAND, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1911.
- FEDERAL intervention in the states for the suppression of domestic violence: constitutionality, statutory power, and policy. *Duke Law Journal*, v. 1966, n. 2, p. 415-462, 1966.
- FISHER, Louis. Abraham Lincoln: preserving the Union and the Constitution. *Albany Government Law Review*, v. 3, p. 503-532, 2010.
- FRIEDMAN, Joshua L. Emergency powers of the executive: the president's authority when all hell breaks loose. *Journal of Law & Health*, v. 25, p. 265-306, 2012.
- GAMPER, Anna. A "global theory of federalism": the nature and challenges of a Federal State. *German Law Journal*, v. 6, n. 10, p. 1298-1318, 2005.
- GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- HOFFMEISTER, Thaddeus. An insurrection act for the twenty first century. *Stetson Law Review*, v. 39, p. 861- 924, 2010.
- HOLZER, Henry Mark. How americans lost their right to own gold and became criminals in the process. *Brooklyn Law Review*, v. 39, p. 517-559, 1972.
- HONIG, Bonnie. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princenton University Press, 2009.
- IRWIN, Douglas A. The Nixon shock after forty years: the import surcharge revisited. *World Trade Review*, v. 12, p 29-56, 2013.
- JENSEN, Billie B. Woodrow Wilson's intervention in the coal strike of 1914. *Labor History*, v. 15, p. 63-77, 1974.
- LINDE, Hans A. Who is Responsible for republican government? *University of Colorado Law Review*, v. 65, p. 709-731, 1994.
- MADDEX, Robert L. *The U.S. Constitution A to Z*. Washington, D.C.: CQ Press, 2002.
- MADISON, James. Paper n. 43. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Dover, 1787.
- McCURDY, Charles W. *The anti-rent era in New York law and politics, 1839-1865*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2001.
- MERRITT, Deborah J. The guarantee clause and state autonomy: federalism for a third century. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1-78, 1988.

- NATELSON, Robert G. Guarantee Clause. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew (eds). *The heritage guide to the constitution*. Washington, D.C.: The Heritage Foundation, 2014.
- PAUST, Jordan J. *Beyond the Law: the Bush Administration's Unlawful Responses in the "War" on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- POE, Douglas A. The use of federal troops to suppress domestic violence. *American Bar Association Journal*, p. 168-171, 1968.
- RAWLE, William. *A view of the Constitution of the United States of America*. 2. ed. Philadelphia: Philip H. Nicklin, 1829.
- RICH, Bennett M. *The Presidents and Civil Disorder*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1941.
- ROBERTSON, David. *The Routledge Dictionary of Politics*. 3. ed. London: Routledge, 2004.
- SANDS, Eric C. *American public philosophy and the mystery of Lincolnism*. Columbia; London: University of Missouri Press, 2009.
- SCHEUERMAN, William E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11. *Journal of Political Philosophy*, v. 14, p. 61-84, 2006.
- SCOTT, Peter D. Is the state of emergency superseding the US constitution? continuity of government planning, war and american society. *Asia-Pacific Journal*, v. 8, n. 48, 2010.
- STEIN, Mark S. The domestic violence clause in "new originalist" theory. *Hasting Constitutional Law Quarterly*, v. 37, p. 129-140, 2009.
- STEPAN, Alfred. Federalism and democracy: beyond the U.S. model. *Journal of Democracy*, v. 10, n. 4, p. 19-34, 1999.
- STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 1-15, 2004.
- STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Boston; Cambridge: Hiliard, Cray, and Co; Brown; Shattuck, and Co., 1833.
- TEUBNER, Günther. *And God Laughed...: indeterminacy, self-reference, and paradox in law*. Florence: European University Institute, 1988.
- THOMAS, Kenneth R.; EIG, Thomas, □ Larry M. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation: centennial edition: analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2012*. Washington: U.S. Government printing office, 2013.
- TOREN, Jonathan. Protecting Republican government from itself: the guarantee clause of article IV, section 4. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 2, p. 371-410, 2007.
- TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.
- VLADECK, Stephen I. Emergency Power and the Militia Acts. *The Yale Law Journal*, v. 114, p. 149-194, 2004.
- VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 613-675.
- WALLACH, Philip A. *To the Edge: legality, legitimacy, and the responses to the 2008 financial crisis*. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 2015.

WHITLEY, Joe D.; ZUSMAN, Lynne K. *Homeland Security: legal and policy issues*. Chicago: ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2009.

WIECEK, William M. *The guarantee clause of the U.S. constitution*. Ithaca: Cornell University Press, 1972.

WOLLMAN, Hellmut. *The recent reform of german federalism: towards more heterogeneity and competition between the Länder?* 2009. Disponível em: [http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann\\_federalism\\_reform.pdf](http://amor.cms.hu-berlin.de/~h0598bce/docs/Wollmann_federalism_reform.pdf). Acesso em: 22 mar. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**The constitutionality of the  
early prorogation of the public  
service concessions**

**Da constitucionalidade da  
prorrogação antecipada das  
concessões de serviço público**

Odone Sanguiné

Felipe Montenegro Viviani  
Guimarães

# The constitutionality of the early proration of the public service concessions\*

## Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público

Odone Sanguiné\*\*

Felipe Montenegro Viviani Guimarães\*\*\*

### Abstract

This article deals with the early proration of the public service concessions. It is justified, among other reasons, because the early proration of numerous concessions was recently authorized in Brazil by several normative acts, so that the theoretical and practical interest for the theme really is very great at this moment in our country. Therefore, the purpose of this article is to verify whether the early proration is or is not compatible with the Brazilian Constitution. And the research hypothesis is that this species of proration is constitutional. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the early proration of the public service concessions is compatible with the Brazilian Constitution, which confirms the research hypothesis.

**Keywords:** Administrative Law. public service. concession. early proration. constitutionality.

### Resumo

Este artigo trata da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Ele justifica-se, dentre outras razões, porque a prorrogação antecipada de inúmeras concessões foi autorizada recentemente no Brasil por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Assim sendo, o objetivo deste artigo é verificar se a prorrogação antecipada é, ou não, compatível com a Constituição da República. E a hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é constitucional. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é compatível com a Constituição da República, o que confirma a hipótese de pesquisa.

**Palavras-chaves:** Direito Administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação antecipada. Constitucionalidade.

\* Recebido em 24/08/2019  
Aprovado em 05/12/2019

\*\* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-doutor em Direito pela Washington University School of Law in Saint Louis e pela Universiteit Utrecht. Doutor em Direito pela Universitat Autònoma de Barcelona. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consultor e Advogado. E-mail: odonesang@hotmail.com

\*\*\* Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica – SP. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica – SP. Advogado e consultor na área do Direito Administrativo. E-mails: felipemvg@hotmail.com

# 1 Introduction

In the present article, we will analyze the prorogation of public service concessions, more specifically the so-called “early prorogation” of these concessions.

The referred analysis is justified for many reasons. Firstly, because the early prorogation of numerous concessions was recently authorized in Brazil by several normative acts, so that the theoretical and practical interest for the theme really is very great at this moment in our country. Secondly, because the early prorogation of public service concessions is a major issue, which affects the lives of thousands of users, in general for many years, deserving, thus, an accurate study. And thirdly, because there are only a few articles dealing specifically with the early prorogation of public service concessions, reason why the present work will contribute to the deepening of scientific knowledge about this institute of Administrative law.

Therefore, the purpose of this article is to verify whether the early prorogation is or is not compatible with the Brazilian Constitution. And the research hypothesis is that this species of prorogation is constitutional.

The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic, based on the interpretation of the various legal norms (constitutional and infraconstitutional) that regulate early prorogation in Brazil, in the light of jurisprudence and doctrine.

Finally, the present article is basically divided into four sections, considering this introduction. In the second, we will present the species of prorogation of public service concessions, in order to determine the specific characteristics of the early prorogation. In the third, we will verify the compatibility of this specie of prorogation with the Brazilian Constitution. And, in the fourth, we will briefly expose our main conclusions.

## 2 Species of prorogation

At constitutional level, the normative foundation of the legal institute of prorogation of public service concessions lies in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88), Art. 175, sole para., I, which states that the law shall provide, among other matters, for the “prorogation” of these concessions; *verbis*:

Article 175. It is incumbent upon the Government, as set forth by law, to provide public utility services, either directly or by concession or permission, which will always be through public bidding.

Sole paragraph. The law shall provide for:

I – the operating rules for the public service concession or permission holding companies, the special nature of their contract and of the **prorogation** thereof, as well as the conditions of forfeiture, control and termination of the concession or permission; (our emphasis)

In the exercise of the aforementioned legislative competence, several ordinary laws (general and sectoral) were edited regulating the prorogation of public service concessions. Example: (i) Law No. 8.987/95 (Concession Law), Art. 18, XIV; 23, XII; and 42, §§ 2nd and 3rd; (ii) Law No. 11.079/04 (Public-Private Partnerships Law), Art. 3rd, caput and § 1st; 5th, caput and I; and 11; (iii) Law No. 12.783/13 (Prorogation Law of the Electric Sector), Art. 1st to 16th; 21, III; and 26; (iv) Law No. 12.815/13 (Port Sector Law), Art. 57, 62, 66 and 67; and (v) Law No. 13.448/17 (Prorogation Law of the Road and Railroad Sectors), Art. 1st to 11th; 22; 24 to 27; 30; and 32.

The systematic interpretation of the various general and sectoral laws on the subject allows us to conclude that the prorogation of public service concessions – that is, the extension of their term of validity – can be basically classified into three species; namely: (i) emergency prorogation; (ii) rebalancing prorogation;

and (iii) public interest prorogation, which is further subdivided into: (a) common prorogation; and (b) early prorogation<sup>1</sup>.

Let us see, then, which are the specific characteristics of these species of prorogation, especially of the last one.

## 2.1 Emergency prorogation

The emergency prorogation aims to ensure the continuity of the provision of the public service granted. It is performed when, near the end of the concession, the Granting Authority verifies that it does not have condition to directly provide the public service nor enough time to carry out the public bidding for the new granting of the activity. In this case, the concession is prorogated for the term necessary for the Granting Authority to prepare itself to directly provide the public service or to perform the public bidding for the new granting of the activity – in general, from six to twenty-four months.

This specie of prorogation is provided, among others, in Law No. 13.448/17, which states, in its Art. 32, that, if there is “study or bidding in progress”, and if there is not “enough time for the bidding winner to assume the object of the contract”, the Granting Authority can “extend, justifiably, the term of the contract by up to twenty four months, so that there is no discontinuity in the service provision”<sup>2</sup>.

In this regard, it is noteworthy that the Jurisprudence has already recognized the legitimacy of the emergency prorogation.

Indeed, in the judgment of ADI 118 MC/PR, the Full Court of the Federal Supreme Court decided that, in order to guarantee the “continuity” of the public service (of “passengers collective transport”), avoiding its “*ex-abrupt*” interruption, the Granting Authority may prorogate, on a “precarious basis”, for a short period (in general, for “six months, twelve months”), a “public service concession” which has reached its “term”, until the end of the “bidding” for the new grant of the activity. This is the main excerpt from the winning vote of Minister Paulo Brossard; *verbis*:

When a public service concession comes to an end, as a rule, the service does not stop *ex-abrupt*, because the Administration, having enough time, publishes the notices in advance, do the bidding or, on a precarious basis, prorogate the concession for six months, twelve months, exactly so that there is no solution of continuity in the provision of public service. (our emphasis)

And, in the judgment of the AgRg in AREsp 481.094/RJ, the Second Chamber of the Superior Court of Justice decide that, in order to avoid the “interruption of the provision of the transport public service”, “in complete affront to the principle of the continuity”, the permission of public service may be prorogated for the period necessary for the “completion of the bidding procedure” (in the concrete case, the prorogation for “up to one year” was allowed), if, “due to the demobilization of the State infrastructure”, it is verified the “impossibility of the public entity to directly assume the provision of the referred service” at the end of the grant. This is the main excerpt from the vote of the Rapporteur, Minister Mauro Campbell Marques; *verbis*:

**4. It is noteworthy that the possible interruption of the provision of the transport public service dealt with in the present demand, added to the impossibility of the public entity to directly assume the provision of the referred service, due to the demobilization of the State infrastructure, prior to the conclusion of the bidding process, may lead to the discontinuity of the services provided, in**

<sup>1</sup> Some sectoral laws use the expressions “contractual prorogation” and “early prorogation” to denominate the subspecies of public interest prorogation. Example: Law No. 12.815/13, Art. 57. However, in our view, the expression “contractual prorogation” merits criticism. It is because both “non early prorogation” and “early prorogation” extend a public service concession contract and may, therefore, be called “contractual prorogation”. This is why, without ignoring the legal terminology (and, especially, without informing the reader about it), we prefer to use, to designate the subspecies of public interest prorogation, the terms “common prorogation” and “early prorogation”, which, in our judgment, denote more accurately its object.

<sup>2</sup> See also: Law No. 12.783/13, Art. 9<sup>th</sup>.

**complete affront to the principle of the continuity of essential public services. Thus, aiming at the continuity of the public transport service and the interest of the entire community, the realization of the bidding process on the term of up to one year is authorized**, regardless of the *res judicata*, when the effects of the contracts in question will cease. (our emphasis)

Finally, the Doctrine also accepts the emergency prorogation of public service concessions.

In fact, Antão de Morais<sup>3</sup> teaches that emergency prorogation (whose “legal basis” lies in the “principle of continuity of public service”) aims to put away the “danger of abruptly ceasing a public service”, taking place in case of “urgent public need”, configured when, at the end of the concession, “the Administration is not in a position to provide, by itself or by others, the service”, which “obliges the concessionaire to a reasonable prorogation, but with fair compensation”; lastly, the author adds that the Granting Authority has “the power to coerce him [this is, the concessionaire], if he refuses to continue the exploration”, being certain that “who agrees to collaborate in a public service knows or must know that he runs that risk.”

## 2.2 Rebalancing prorogation

The rebalancing prorogation aims to recompose the initial relation between the concessionaire’s charges and remuneration without raising the tariffs, reducing the concessionaire’s obligations and/or compromising public resources. It is performed in case of an economic-financial imbalance of the concession, caused by the concretization of risk included in the concept of extraordinary *alea* (administrative or economic), contractually attributed to the Granting Authority – namely, the unilateral amendment of the contract, the *factum principis*, the fact of the Administration, the unforeseen subjections and the act of God or force majeure. In this case, the concession is prorogated for the term necessary for the full recomposition of the grant’s initial economic-financial balance.

This specie of prorogation is provided, among others, in Decree No. 7.624/11, which, by providing for the conditions for the exploitation of the airport public service by the private initiative under concession, establishes, in its Art. 6<sup>th</sup> and 18, II, that the granting period will be defined by the Granting Authority, “being prorogable only once, for up to five years, for purposes of economic-financial rebalancing arising from the concretization of risks not assumed by the concessionaire in the contract”<sup>4</sup>.

In this regard, it is worth mentioning that the Jurisprudence has already affirmed the legality of the rebalancing prorogation.

In effect, in the judgment of RMS 1.835/DF, the Full Court of the Federal Supreme Court decided that “it is not illegal the act of the Mayor who agreed with the concessionaire of the exploitation of an amusement park the prorogation [of the concession] for more three years, in exchange for the advantage of relocating the park without any expenses to the City Hall”. This is the main excerpt from the vote of the Rapporteur, Minister Mário Guimarães; *verbis*:

The explanation of the City Hall was cabal: it was operating in Quinta da Bôa Vista, for over five years, an amusement park. The City Hall needed the place to install the Zoo, transferred to that Quinta. It entered into an agreement with the park owner, who moved to another location on the same Quinta.

**However, since such a transfer would incur expenses for the concessionaire, the agreement**

<sup>3</sup> MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957. p. 447-457. See also: CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347.; MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 212-213 and 218.; RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 150-157.; GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. p. 221.

<sup>4</sup> See also: Resolution ANTAQ No. 3.220/14, Art. 14, III.

stated that the concessionaire would have, as compensation for these expenses, extended the concession for three more years.

That act did not result in any violation of the rights of the claimant, seeking to participate of a hypothetical public bidding. (our emphasis)

And, in the judgment of TC 021.919/2015-1, which responded to the consultation made by the Chief Minister of the former Port Secretariat of the Presidency of the Republic, raising doubts about the application of the institute of rebalancing prorogation, the Plenary of the Court of Auditors of the Union stated that the “economic-financial recomposition of the port lease agreements [that much resemble public service subconcession contracts<sup>5</sup>] may be implemented, justifiably, by extending the contractual term”. This is the main excerpt from the vote of the Rapporteur, Minister Walton Alencar Rodrigues, contained in Judgment TCU No. 774/16-Plenary; *verbis*:

In conclusion, such economic-financial recomposition of the port lease agreements may be implemented, justifiably, by extending the contractual term, observing the statutory limits defined by the legislator, which are, the prorogation for only one time, since it is provided in the contract; the additional period should not be longer than originally agreed. (our emphasis)

Lastly, the Doctrine also supports the rebalancing prorogation of public service concessions.

In reality, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup> affirms that the rebalancing prorogation is intended to “maintain the balance of the concession contract” without, however, “aggravate the users with the increase of the tariffs” nor “implicate any burden for the Public Power” (or rather, for the “public purse”), being performed – regardless of “permissive provision in law” and/or “in the bidding notice or contract” – for sufficient time so that the concessionaire “can obtain, compensatorily, the equivalent of what he would perceive in a shorter period of time, if the tariffs had been readjusted”.

## 2.3 Public interest prorogation

The public interest prorogation aims to promote the adequate provision of the public service. It is performed for reasons of convenience and opportunity of the parties, since the specific requisites of the measure<sup>7</sup> are present and the concessionaire accepts certain conditions (or counterparts) proposed by the Granting Authority, which characterize the advantage of the prorogation *vis-a-vis* the alternatives of direct provision of the public service or public bidding for the new grant of the activity. In this case, the concession is prorogated for the term provided by law or in the concession contract itself.

This specie of prorogation is provided, among others, in Law No. 9.472/97, which estates, in its Art. 99, that the term of validity of the telecommunications public service concessions shall be, at the “maximum”, of “twenty years” and may be prorogated “only once, for equal period”, since the concessionaire “has fulfilled the conditions of the concession” and accepts the “conditions” proposed by the National Telecommunications Agency in view of the existing circumstances at the time – among others, the “payment” for

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 83-88.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 57-65. See also: JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 128-134.; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006. p. 108-110.; ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960. p. 571-643.; AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 64-66.

<sup>7</sup> Example: (i) the provision in the concession contract; (ii) the faithful fulfillment of the contract by the concessionaire; and (iii) the advantage of the measure.

the prorogation of the grant of the “right to operate the service” and the “right to use the associated radio frequencies”<sup>8</sup>.

In this regard, it is worth to point out that the Jurisprudence has already recognized the legitimacy of emergency prorogation.

Indeed, in the recent judgment of RMS 34.203/DF, the Second Chamber of the Federal Supreme Court decided that public service concession contracts are normally extinguished at the end of their term of validity, “except for the adjustment, at the end of the term, by the contractual prorogation, if the legal requisites are met and the public interest in the permanence of the contract is present”, or rather, “except by means of contractual prorogation, if it were in public interest (administrative discretion) and if the requisites for that were met”. This is the main excerpt from the vote of the Rapporteur, Minister Dias Toffoli; *verbis*:

The rule, therefore, is that the contracting has a predefined term – contractual term – and it is up to the Administration to evaluate, at the end of the term and always in accordance with the legal parameters of fulfillment to the public interest that were outlined (and especially the “promotion of the sustainable national development”), the interest and the possibility of renewing this term.

[...]

Therefore, a concession contract, which is signed based on a bidding process, has the temporality as one of its fundamental marks, and, thus, the extinction of the contract occurs in the term defined on itself, except for the adjustment, at the end of the term, by the contractual prorogation, if the legal requisites are met and the public interest in the permanence of the contract is present.

[...]

As pointed out earlier, the defined contractual term had its ending established to 8/28/13. After this date, there was no guarantee of continuity of the contract, except by means of contractual prorogation, if it were in public interest (administrative discretion) and if the requisites for that were met, among them: (i) fulfillment of the contract; and (ii) the implementation of any regulatory provisions that may be established for the Electric Sector (first sub-clause of clause four of the contract). (our emphasis)

In the judgment of TC 021.919/2015-1, the Plenary of the Court of Auditors of the Union stated that the prorogation of port lease agreements “does not violate the principle of constitutional nature of prior bidding for the conclusion of contracts”, as long as: (i) the conclusion of such contracts was preceded by a “regular bidding procedure”; and (ii) the prorogation is conditioned on the lessee making “new investments” in the port infrastructure. This is the main excerpt from the vote of the Rapporteur, Minister Ana Arraes, contained in Judgment TCU No. 2.200/15-Plenary; *verbis*:

8. The early prorogation, object of this monitoring, is provided for in Art. 57, of Law 12.815/2013:

[...]

12. In this context, preliminarily to the merit analysis of the monitoring report, in face of the relevance and unprecedentedness of the matter under consideration, **three fundamental legal questions** caused the submission of this process to the Public Prosecution Service before the TCU: **(i) the constitutionality of early prorogation of lease agreements;** (ii) the regulation of the Art. 57, of the Port Law, by means of an ordinance of the Port Secretariat; and (iii) the attribution of competencies to ANTAQ by the referred infraregular regulation.

13. In addition to endorsing the proposals made by SeinfraHidroFerrovias, the MPTCU manifested itself **favorably** to the legal questions raised, by concluding that:

- **Art. 57, of Law 12.815/2013** – which provides for the possibility of anticipating the prorogation of port lease agreements signed during the validity of Law 8.630/1993 and preceded by regular bidding procedure, since it is conditioned to new investments – **does not violate the principle of constitutional nature of prior bidding for the conclusion of contracts;**

<sup>8</sup> See also: Law No. 9.074/95, Art. 19 and 25.

[...]

14. Thus, **fully agreeing with the reasons presented in the opinion of the MPTCU**, I pass to the examination of the substance of the monitoring proceedings. (our emphasis)

And, in the judgment of TC 003.379/2015-9, the Plenary of the Court of Auditors of the Union considered “constitutional” the prorogation of all concessions of the public service of electricity distribution for a period of thirty years (since the concessionaires accept the new quality and economic-financial management goals defined by the National Electricity Agency), because it understood to be characterized an “exceptional situation” that justified the non-performance of a public bidding. In fact, the Ministers of the Court agreed that the simultaneous bidding of all concessions of the public service of electricity distribution with the expiration of the term until 2017 (that is, forty-three distribution concessions, which jointly served eighteen States of the Federation, supplying electricity to about fifty million consumer units, and directly moving around sixty billion reais, which represented, in 2014, approximately fifty percent of the national market and distribution revenue), in the economic and political conjuncture of the country existing at that time (this is, in a context of increased funding constraints, high cost of capital, high risk aversion, not to mention the regulatory uncertainty surrounding the distribution segment), would bring significantly greater risks to the continuity of services and to the country’s own energy security than the option of prorogation. This is the main part of the vote of the Rapporteur, Minister José Múcio Monteiro, contained in Judgment TCU No. 2.253/15-Plenary; *verbis*:

16. In analyzing the arguments of MME and ANEEL that justify the option for the chosen model, SeinfraElétrica concluded that the prorogation of the contracts under consideration, under the conditions in which it is being made, violates the Art. 175, of CF/88, which provides for the obligatoriness of carrying out bidding for the concession or permission of public services, as follows: [...]

17. In view of this, it proposes to order the MME to promote the bidding of all concessions covered by Art. 7, of Law 12.783/2013, extending the contracts only during the period necessary for the preparation of the bidding procedures and the assumption of a new concessionaire.

18. For the technical unit, consistent information were missing, indicating the advantages and disadvantages of prorogating or bidding, that could be taken into account for better decision making, also remaining not properly demonstrated the risks that the bidding could bring to the fulfillment of the criteria of the law.

[...]

26. As for the lack of information to justify the decision, really, are not in the process files parameters and variables that demonstrate, accurately, that the prorogation would be the best solution. Nevertheless, **I see that the arguments and data presented are enough to conclude that carrying out bid of all the concessions in the actual economic and political conjuncture brings significantly greater risks to the continuity of the services and to the energy security itself than the option for prorogation.**

27. Note that SeinfraElétrica did not declare Article 7, of Law 12.783/2013, unconstitutional, what puts it in a different situation from that of Article 1, of Law 10.577/2002, which provided for the maintenance of postal service exploitation contracts signed by ECT and was considered unconstitutional by the TCU, by violate the Article 175, of CF/1988, according to Judgment TCU No. 574/2006-Plenary.

28. **I also have as constitutional the Article 7, of Law 12.783/2013.** However, in admitting as legally acceptable the option conferred there, I take as a basis not the simple fact that conditions have been set for the prorogation, but the implicit recognition of the strategic importance of the electricity distribution service and the gravity that may result of the discontinuity of your supply, even more when contracts that serve, together, around 50 million consumer units and represent about 50% of the country’s captive market are involved, meaning that, in this specific case, the consequences of the risks can be so severe that there is margin for **exceptional situations** that justify the non-conduction of the bidding.

29. Therefore, especially as it is a service that requires large investments for its adequate provision and to meet the permanent necessity of expansion of the grid, I think that we missed in the analysis the **ponderation** of

the current context of increased funding constraints, high cost of capital, high risk aversion, not to mention the environment of regulatory uncertainties in the distribution segment due to the ongoing changes in the tariff model, which, for the sake of the transparency of the values paid by consumers, now admits greater tariff volatility and brings uncertainties for the remuneration to the distributors.

[...]

42. Therefore, in face of the risks involved in bidding at this time, and not seeing, in this case, incompatibilities between the reasons presented by the Granting Authority and the discretion conferred by the legislation, **I consider the option for the prorogation of the concessions conferred by the Article 7, of Law 12.783/2013, justified**, since the criteria established there are met. (our emphasis)<sup>9</sup>

Finally, the Doctrine also admits the public interest prorogation of public service concessions.

In fact, Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup> teaches that the prorogation of public service concession “is permitted in our law”, since: (i) there is “express provision in the bidding notice” – which “is necessary for the correct formulation of the proposals”; (ii) there is “interest for the public service”; and (iii) there is “agreement of the parties”.

### 2.3.1 Subspecies of prorogation by public interest

According to the “moment” it is performed, the public interest prorogation can be classified as: (i) common prorogation; and (ii) early prorogation<sup>11</sup>.

Let us see, then, in what each one of them consists.

#### 2.3.1.1 Common prorogation

Common prorogation is that performed at the end of the concession.

This subspecies of public interest prorogation is provided, among others, in Law No. 13.448/17, which states, in its Art. 4, I, that the common prorogation of the road and railroad public service concessions is that carried out at the “end of the term of the adjustment”.

#### 2.3.1.2 Early prorogation

Early prorogation is that performed before the end of the concession, respecting, however, the maximum limit of anticipation provided by law or, subsidiarily, in the granting act itself<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Another important jurisprudential precedent will be the decision that the Court of Auditors of the Union may take in the TC 009.032/2016-9, which deals with the prorogation of the concession of Rumo Logística Operadora Multimodal S/A, regarding the Malha Paulista (Rumo-Malha Paulista) – leading case on the prorogation of railway concessions in the Court of Auditors. By the way, it is worth mentioning that the National Land Transportation Agency has already approved this extension, which is now awaiting the approval of the Court of Auditors of the Union. The Court of Auditors has yet no date to decide on the matter. However, the Public Prosecution Service before the Court recently presented its opinion recommending the “rejection” of the prorogation of the concession of Rumo-Malha Paulista “due to the lack of advantage in the prorogation of the contract in relation to the conducting of new bidding”.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48. See also: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-171.; GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 416-426.; LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. p. 635-638 and 685-687.; TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 229-248.

<sup>11</sup> Bernardo Strobel Guimarães and Heloísa Conrado Gaggiano also explain that “the distinction between them [that is, between common prorogation and early prorogation] is more chronological than of essence”, being certain that “what distinguishes the two measures is the moment of implementation” GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 12.

<sup>12</sup> The maximum limit of anticipation varies from case to case according to the specific purpose(s) of the early prorogation, and

This subspecies of public interest prorogation is provided, among others:

- (i) in Law No. 12.783/13, which establishes, in its Art. 12, that the Granting Authority can “anticipate the effects of the prorogation” of the electricity public service concessions, respected the maximum limit of anticipation of “up to 60 (sixty) months from the advent of the contractual term”;
- (ii) in Law No. 12.815/13, which provides, in its Art. 57, that the Granting Authority can make the “early prorogation” of the port lease agreements signed during the validity of Law No. 8.630/93; and
- (iii) in Law No. 13.448/17, which establishes, in its Art. 4<sup>th</sup>, II and 6<sup>th</sup>, § 1<sup>st</sup>, that the “early prorogation” of the road and railroad public service concessions is that carried out “before the end of the term of the adjustment”, respected the maximum limit of anticipation of “50% (fifty percent) [...] of the originally stipulated term”.

The purpose of the early prorogation is to allow the Granting Authority to immediately obtain certain benefits that it would only achieve at the end of the concession, with the new public bidding or the common prorogation. Example: (i) earn public revenue from the payment for the prorogation of the grant; (ii) reduce the tariff value in proportion to the levels of investments in reversible assets already amortized; (iii) promote new investments in the concession; (iv) extinguish the exclusivity of the grant; and/or (v) resolve major sectoral administrative conflicts. In fact, the perspective of the prorogation tends to convince the concessionaire to consent with the benefits that are necessary to the public interest.

Finally, to illustrate the purpose of the early prorogation, it is convenient to present the specific objectives sought with the anticipation of the prorogation of the electricity, port and road/railroad public services concessions, respectively contained in the expositions of motives of Provisional Measures No. 579 and 595/12 and 752/16, later converted into Laws No. 12.783 and 12.815/13 and 13.448/17. Let us see it:

- (i) EMI No. 37/MME/MF/AGU (which accompanied the Provisional Measure No. 579/12) states that the purpose of the early prorogation of the electricity public service concessions is “to enable the reduction of the cost of electric energy” by the “anticipation the capture of the benefit of the amortization of investments” in reversible assets, “seeking, with that, not only to promote the tariff affordability [...] but also to make the productive sector even more competitive”;
- (ii) EMI No. 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU (which accompanied Provisional Measure No. 595/12) affirms that the purpose of the early prorogation of the port lease agreements is to “ensure new investments” in the Port Sector, in order to promote the “reduction of costs” and, consequently, the “expansion [...] of the country’s competitiveness” in the “international scenario”; and
- (iii) EMI No. 00306/2016 MP/MTPA (which accompanied Provisional Measure No. 752/16) states that the early prorogation of the road and railroad public service concessions contracts seeks, on one side, “to enable the immediate realization of new investments” “in important infrastructure sectors”, investments that are “a *conditio sine qua non* for the resumption of economic growth in Brazil”, and, on the other side, “modernize such contracts by including new performance clauses, objective goals for the private partners and more effective punishments in case of its non-fulfillment”, thus improving the “level of the service provided to the population”.

Viewed the specific characteristics of early prorogation, let us verify now whether this specie of prorogation is or is not compatible with the Brazilian Constitution.

---

its setting is based only on the principle of proportionality (CRFB/88, Art. 1). Indeed, Gaston Jèze teaches that “el número de años [read: years of anticipation of prorogation] depende de la naturaleza del servicio público y de las mejoras posibles” in the concession. JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción: Julio N. S. M. Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 313.

### 3 Constitutionality of the early prorogation

On section 2 above, we saw that the normative foundation of the legal institute of the prorogation of public service concessions lies, at a constitutional level, in CRFB/88, Art. 175, sole para., I.

Therefore, in order to verify whether the early prorogation is or is not compatible with the Brazilian Constitution, we need to interpret this constitutional rule.

#### 3.1 Canon of constitutional interpretation useful for interpreting the CRFB/88, Art. 175, sole para., I

Constitutional interpretation is the technical activity by which the interpreter determines the content (meaning and range) of constitutional norms. This activity is performed based on several canons developed by constitutional hermeneutic. The canons of constitutional interpretation are reciprocally complementary and, whenever possible, should be applied together. However, its application can produce contradictory results, and there are no (incontestable) criteria for the solution of eventual conflicts. Therefore, it is up to the interpreter to select, at its discretion, the canon(s) of constitutional interpretation useful in the concrete case, always guided by the search of the most just solution to the problem to be solved<sup>13</sup>.

The Doctrine lists several canons of constitutional interpretation, calling them, sometimes methods (classic or traditional), sometimes principles. The methods of interpretation of the Constitution are the same canons of interpretation of the laws in general, developed by Friedrich Karl von Savigny<sup>14</sup> at the end of the century XIX; namely: (i) the grammatical method; (ii) the historical method; (iii) the teleological method; and (iv) the systematic method. In its turn, the principles of constitutional interpretation, most recently proposed by Konrad Hesse<sup>15</sup>, are: (i) the principle of unity of the Constitution; (ii) the principle of practical concordance or harmonization; (iii) the principle of functional correction; (iv) the principle of integrative effectiveness; (v) the principle of normative force of the Constitution; and (vi) the principle of maximum effectiveness.

In our opinion, the canon of constitutional interpretation useful for interpreting CRFB/88, Art. 175, sole para., I, and, therefore, to verify the compatibility of early prorogation with the Brazilian Constitution is the principle of maximum effectiveness.

Let us see, then, the result of its application on the concrete case.

#### 3.2 Result of applying the principle of maximum effectiveness

The principle of maximum effectiveness (or effective interpretation) indicates that, when interpreting a constitutional norm, the interpreter must give preference to the meaning that gives it the greatest effectiveness. By the way, it is worth considering that, although it is applied today to any and all constitutional norms (above all, to the consecrators of fundamental rights), the principle of maximum effectiveness was originally linked to the so-called “programmatic constitutional norms”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 457-458.; BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 2-5.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119-135.

<sup>14</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Traducción: J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 18-24.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 63-69.

<sup>16</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 1224.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo:

Continuing. It is well known that constitutional norms can be classified, among other ways, into: (i) norms of full effectiveness and immediate applicability; (ii) norms of containable effectiveness and immediate applicability; and (iii) norms of limited effectiveness and mediate applicability, which are subdivided, in its turn, into: (a) norms that define institutional principles; and (b) norms that define programmatic principles<sup>17</sup>. Constitutional norms that define programmatic principles are those that establish the general lines of constitutional programs, depending, thus, of the subsequent edition of an integrative law to become effective (*rectius*: produce their main effects)<sup>18</sup>. In this sense, CRFB/88, Art. 175, sole para., I, can be classified as a constitutional norm that defines programmatic principle, considering that, through it, the constituent legislator established only the general lines of the “legal regime of the public service concessionaires and permissionaires”, giving the ordinary legislator the power to develop the matter.

Nevertheless, constitutional norms that defines programmatic principles can leave larger or smaller discretionary power to the ordinary legislator<sup>19</sup>. In the present case, CRFB/88, Art. 175, sole para., I, left a large discretionary power to the ordinary legislator. In effect, although it has established that the prorogation will have “special character” (which certainly limits the content of the integrative law to which it refers), CRFB/88, Art. 175, sole para., I, did not set any other limits for the conformation of the legal institute of the prorogation of the public service concessions. Example: it did not provided that the referred legal institute would: (i) serve such purpose; (ii) be performed in face of such factual situation; (iii) be used for such period; (iv) depend of the acceptance of such condition by the concessionaire; and, for what interests us most directly; (v) take place at such moment of the concession.

Therefore, it does not seem arbitrary to us to conclude, based on the principle of maximum effectiveness of constitutional norms, that the concept of prorogation contained in CRFB/88, Art. 175, sole para., I, comprises the three basic species of prorogation currently regulated by the ordinary legislation, namely emergency prorogation, rebalancing prorogation and public interest prorogation and, in the ambit of the last one, both common prorogation and early prorogation<sup>20</sup>.

At this point, it is worth mentioning that, although it is a relatively recent legislative tendency in Brazil, Jurisprudence has already recognized the legitimacy of the early prorogation of public service concessions.

Indeed, as seen in section 2.3 above, in the judgment of TC 024.882/2014-3 and 003.379/2015-9, which respectively dealt with the early prorogation of port lease agreements and electricity distribution contracts, the Plenary of the Court of Auditors of the Union considered such prorogations constitutional, since the terms of Laws No. 12.783 and 12.815/13 were observed. By the way, it is worth remembering that the Court of Auditors is competent to incidentally declare the unconstitutionality of laws and normative acts of the

---

Saraiva, 2014. p. 187-188.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 75.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 129.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 115.

<sup>20</sup> By the way, it is worth bringing up the lesson of Mário Saadi and Raul Dias dos Santos Neto, for whom, “from the constitutional point of view, it seems to us that the law can provide (without any kind of restriction to the economic-financial rebalancing) about the possibility of prorogation of the term of the concessions”, considering that “the CF/88 allocated to the legal level the delineation of the aspects relatives to its prorogation (Art. 175, sole para., I)”. SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 87-89.

Public Power (Precedent 347/STF), what, as seen, did not happen in these concrete cases<sup>21</sup>e<sup>22</sup>.

On its turn, the Doctrine also recognizes, here and elsewhere, the legitimacy of early prorogation as a mechanism for anticipating the benefits of public interest prorogation.

In fact, in Brazil, Rafael Wallbach Schwind<sup>23</sup> teaches that the “early prorogation” of administrative contracts in general – and port lease agreements in particular – is compatible with the Brazilian Constitution, because: (i) “the Constitution itself expressly provides for the possibility of prorogation of the term of administrative contracts”; and (ii) such specie of prorogation aims to promote the “public interest”, consistent in the “realization of immediate investments in the Port Sector”, without the Granting Authority having to “wait for the termination of the current contracts” – investments that are necessary to adapt the “port infrastructure” and the “conditions of service provision” to the “users needs”.

In France, Clément Colson<sup>24</sup> affirms that “une Compagnie qui n’a plus devant elle une durée suffisante cesse nécessairement de se préoccuper avec des besoins futurs, et c’est là un grand mal”, being certain that, to contain it, “il est sage de proroger les concessions 15 ou 20 ans avant qu’elles expirent”<sup>25</sup>; lastly, the author adds: “l’offre d’une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service, comme on en voit actuellement de nombreux exemples pour les tramways municipaux”.

In Portugal, Diogo Freitas do Amaral and Lino Torgal<sup>26</sup> state, when dealing with the “momento temporal” of the public interest prorogation, that “mostra, ainda, a experiência em matéria de concessões que tende a diminuir, consideravelmente, nos últimos anos de exploração, o volume dos investimentos dos concessionários com a conservação e a actualização do estabelecimento da concessão”, which is why “a prorrogação, decidida com alguma antecedência, dissipando incertezas dos concessionários interessados em prosseguir a exploração [...] poderá, porventura, contribuir para a melhoria da performance financeira da concessão”. The authors also exemplify that, in a concession of “35 anos”, it seems reasonable a proroga-

<sup>21</sup> The Federal Supreme Court will examine soon the theme of early prorogation of public service concessions. Indeed, it is scheduled for the second half of this year the trial of the writ of prevention of ADI 5.991/DF, proposed by the Attorney General’s Office against some provisions of Law No. 13.448/17. In this regard, it is noteworthy that, in this lawsuit, Dr. Raquel Dodge expressly manifested the understanding that, despite the unconstitutionality of the contested provisions, the institute of early prorogation “itself” is compatible with CRFB/88, Art. 175, sole para., I. This is the main excerpt from the initial petition of that lawsuit: “It is important to emphasize that the unconstitutionality of the institute of early prorogation itself is not argued here. What is defended is that, although the Constitution provides for the possibility of prorogation of concession contracts in Art. 175–sole paragraph–I, such prorogation cannot be allowed – much less realized – in disagreement with the constitutional dictates that guide the Public Administration and inform their actions, in particular the efficiency, morality, impersonality and reasonableness, provided for in Art. 37–*caput*, as well as with the bidding rule”.

<sup>22</sup> Another important jurisprudential precedent will be the decision of the Court of Auditors of the Union regarding the early prorogation of the concession of Rumo-Malha Paulista – leading case on the early prorogation of railway concessions in the Court. By the way, it is significant that, although it has had recently presented opinion recommending the “rejection” of the referred prorogation, the Public Prosecution Service before the Court of Auditors did not oppose itself, at any time, to the constitutionality of the legal institute of early prorogation.

<sup>23</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito portuário brasileiro*: Lei 12.815, porto organizado, polígono, arrendamento e autorização, arbitragem, São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-499. See also: CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4110-4111.; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 296-298.; PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 144-177.

<sup>24</sup> COLSON, Clément. *Cours d’économie politique*: les travaux publics et les transports. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. p. 419.

<sup>25</sup> The author thought about the prorogation having before him public service concessions with a term of validity of “99 ans”, and not, as we, concessions with a term of ten, twenty or thirty years, on average. That is why he imagined a maximum limit of anticipation seemingly so long.

<sup>26</sup> AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 547-549.

tion “7 anos antes do termo do prazo, e 28 anos depois do seu início”.

Lastly, in Argentina, Héctor Jorge Escola<sup>27</sup> explains that the prorogation of public service concessions may be agreed by the parties “durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento [early prorogation], o una vez producido éste [common prorogation]”.

## 4 Conclusion

At the end of this article, we briefly present our main conclusions:

- (i) The prorogation of public service concessions may be basically classified into three species; namely: (a) emergency prorogation; (b) rebalancing prorogation; and (c) public interest prorogation;
- (ii) The subspecies of public interest prorogation are: (a) common prorogation; and (b) early prorogation; and
- (iii) The early prorogation of public service concessions is compatible with CRFB/88, Art. 175, sole para., I, due to the large discretionary power conferred to the ordinary legislator to conform the legal institute of the prorogation, notably to determine the moment that such administrative measure may be applied.

## References

- ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960.
- AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9.
- AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jun. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.
- BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 2012. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/mpv%20595-2012?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20595-2012?OpenDocument). Acesso em: 1 ago. 2019.
- BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 00306/2016 MP/MTPA, de 7 de novembro de 2016. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016. *Diário Oficial*

<sup>27</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 141.

da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 nov. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 37/MME/MF/AGU, de 11 de setembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 2012. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/mpv%20579-2012?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20579-2012?OpenDocument). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jan. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jun. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jun. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>. Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. 19 de março de 2018. Disponível em: <http://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265. Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF*. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mario Guimarães. 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.220/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. 2 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f). Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.253/15*. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 9 de setembro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e9](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e9). Acesso em 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Acórdão TCU nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 6 de abril de 2016. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/D'TRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910). Acesso em 2 ago. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COLSON, Clément. *Cours d'économie politique: les travaux publics et les transports*. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción: Julio N. S. M. Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950.

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

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 42-63.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. Madrid: Montecorvo, 1988.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Traducción: J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*, São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 494-518.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Análise de impacto regulatório e proporcionalidade:** semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?

**Analysis of regulatory impact and proportionality:** structural similarities, same real problems?

Fernando Leal

# **Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?\***

## **Analysis of regulatory impact and proportionality: structural similarities, same real problems?**

Fernando Leal\*\*

### **Resumo**

O presente trabalho investiga as semelhanças e diferenças estruturais entre o exame de proporcionalidade e a Análise de Impacto Regulatório visando a identificar problemas compartilhados pelas duas metodologias de justificação. Ao final, concluo que muitos desafios enfrentados por um dos exames podem afetar o outro e que a experiência acumulada no Brasil sobre a aplicação inconsistente da proporcionalidade pode inspirar reflexões sobre o desenvolvimento de análises de impacto regulatório que não funcionem na prática como simples manipulação de um rótulo vazio.

**Palavras-chave:** Proporcionalidade. Análise de Impacto Regulatório. Análise Custo-Benefício. Regulação.

### **Abstract**

This paper investigates structural similarities and differences between the proportionality test and regulatory impact assessment, aiming to identify shared difficulties between both justification methodologies. I conclude by highlighting that several challenges faced by one of the methodologies might affect the other and that the accumulated experience in Brazil on the inconsistent application of the proportionality test may inspire further reflections on the development of regulatory impact analyzes that do not work in practice as mere manipulation of an empty label.

**Keywords:** Proportionality test. Regulatory Impact Assessment. Cost-Benefit Analysis. Regulation.

## **1 Introdução**

O direito administrativo no Brasil segue em transformação. Se no início deste século a dogmática administrativista tradicional orientada em construções datadas, em alguns casos, do século XIX, perdeu espaço para o discurso da conformidade constitucional, é perceptível um conjunto recente de

\* Recebido em 08/11/2019

Aprovado em 13/12/2019

\*\* Professor da FGV Direito Rio. Por comentários e sugestões a versões anteriores deste trabalho, gostaria de agradecer a Eduardo Jordão, Natasha Salinas, Thomaz Pereira, Thiago Araújo, Pedro Pamplona Cotia, Gabriel Machado e Sandro Sabença. E-mail: fernando.leal@fgv.br

movimentos doutrinários e legislativos que encaminham o direito administrativo para uma certa inclinação pragmática<sup>1</sup>. Parafraseando Eduardo Jordão, se o presente do direito administrativo é o da constitucionalização, o futuro da área parece destinado a rejeitar o idealismo sustentado sobre o apelo excessivo a princípios constitucionais e avançar para preocupações com as consequências práticas das decisões administrativas e o funcionamento real das instituições<sup>2</sup>.

Este momento de transição dos referenciais básicos para a compreensão e desenvolvimento teórico, normativo e dogmático da área produz diversos efeitos. Do ponto de vista metodológico, o mais importante deles estaria em uma anunciada redução de importância da proporcionalidade, que ganhou o mundo como principal instrumento de estruturação e condução de processos decisórios orientados na realização de princípios jurídicos em colisão<sup>3</sup>, e na crescente ênfase em mecanismos percebidos como mais aptos para estruturar e orientar processos decisórios orientados na consideração de consequências. Se em um direito administrativo constitucionalizado, em que as possibilidades de justificação de escolhas administrativas são, paradoxalmente, tão amplas quanto as possibilidades de seu controle, o exame de proporcionalidade se torna o último reduto de racionalidade para a tomada de decisão e para o controle das escolhas da Administração<sup>4</sup>, em um direito administrativo que se pretende pragmático, a aspiração por racionalizar processos de decisão e de revisão de decisões administrativas parece exigir uma nova caixa de ferramentas. Nesse novo contexto, o otimismo anterior em torno da proporcionalidade, transformado em frustração pela sua redução, na prática, a um rótulo vazio disponível para justificar qualquer decisão<sup>5</sup>, parece contaminar um novo candidato: a análise de impacto regulatório (AIR). Assim, o protagonismo exercido pela proporcionalidade no presente de um direito administrativo constitucionalizado poderia passar a ser desempenhado pela análise de impacto regulatório no futuro de um direito administrativo orientado pragmaticamente.

A euforia em torno da AIR é facilmente identificável. Se fora do país a sua defesa e o seu uso já não são uma novidade, recentes produções normativas, como as leis 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e a Lei 13.848/2019, conhecida como “Nova Lei das Agências Reguladoras Federais”, revelam que, entre nós, a sua rápida disseminação é questão de tempo. O otimismo em torno dos seus potenciais para orientar decisões sensíveis aos seus efeitos na realidade deixa-se igualmente notar quando se sustenta a ampliação do seu emprego para nortear até mesmo escolhas legislativas que envolvam temas penais, especialmente as que versam sobre segurança pública<sup>6</sup>.

Nesse quadro, se é verdadeiro que a proporcionalidade real parece muito distante da sua melhor versão possível e que existe uma esperança crescente nos potenciais da AIR para permitir o controle de escolhas de agentes públicos sensíveis aos seus impactos no mundo – sobretudo escolhas regulatórias –, não parece ser necessário, para tanto, (i) assumir que AIR e proporcionalidade sejam instrumentos metodológicos es-

<sup>1</sup> As alterações produzidas pela lei 13.655/18 na LINDB podem ser consideradas, do ponto de vista legislativo, um dos marcos centrais para a constatação dessa orientação. V. LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

<sup>2</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 190.

<sup>3</sup> STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. [s.l.]. v. 47, p. 73-160, 2008.

<sup>4</sup> V. BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 11 nov. 2019, especialmente p. 9-12.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, 2002, p. 31.

<sup>6</sup> Para mais informações ver: SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública. **JOTA**, em 21.jul.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>>. Acesso em: 04.nov.2019. Ver também: ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. A Constituição pede tanto?. **JOTA**, em 29.jul.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/a-constituicao-pede-tanto-29072019>> Acesso em: 04.nov.2019.

truturalmente tão distantes quanto parecem e (ii) que se acredite que uma possa substituir a outra, como se ambas fossem incompatíveis, ou como se a AIR representasse um substantivo avanço em relação ao teste de proporcionalidade. Ao contrário, o objetivo deste trabalho é precisamente sustentar a existência de aproximações estruturais entre AIR e proporcionalidade para, em razão disso, identificar as possíveis relações de complementariedade e os problemas comuns entre os dois exames. Para tanto, é importante explorar as aproximações e distinções entre os dois exames em razão da sua adequação ou dificuldade para (i) organizar raciocínios prospectivos no direito, (ii) lidar com específicos problemas de interação normativa, (iii) servir como estruturas de justificação destinadas a conduzir processos decisórios de instituições diferentes (Administração, Legislativo ou Judiciário) em momentos que podem ser diferentes (formação da vontade regulatória, seu monitoramento ou sua revisão), que exigem – ou, em uma leitura mais fraca, não excluem – a participação de especialistas ou outros segmentos da sociedade, (iv) justificar posturas de deferência quando usados como mecanismos de controle ou monitoramento de escolhas regulatórias, (v) impedir a sua instrumentalização para a realização de preferências políticas dos seus aplicadores e (vi) impor ônus de prova e de argumentação superáveis por tomadores reais de decisão, escapando de objeções de sobre-racionalidade. Após uma breve apresentação do que AIR e proporcionalidade exigem como padrões de justificação, este texto se organizará em torno dos seis itens indicados até a sua conclusão. Durante esse percurso, o presente texto pretende se servir da experiência acumulada em torno da aplicação da proporcionalidade, sobretudo no país, para o desenvolvimento de reflexões sobre a operacionalização adequada da AIR.

## 2 AIR e Proporcionalidade: aproximações e distinções estruturais

### 2.1 Aproximações gerais: AIR e proporcionalidade como metodologias de decisão

Justificar aproximações e distinções entre análise de impacto regulatório e proporcionalidade é um empreendimento que já parte de uma significativa dificuldade: enquanto a estrutura do exame de proporcionalidade em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito seja, ainda que o sentido dessas expressões possam variar em diferentes realidades jurídicas<sup>7</sup>, amplamente conhecida e estável, não há uma estrutura amplamente aceita e tampouco um uso sistematicamente organizado da análise de impacto regulatório<sup>8</sup>. Ao contrário da proporcionalidade, a AIR, apesar de cada vez mais utilizada no mundo como um componente central de estratégias de administração regulatória, recebe ainda conformações muito distintas – às vezes até em uma mesma jurisdição<sup>9</sup>. Por esse motivo, se um dos polos da comparação pode ser sem maiores dificuldades identificado, não é claro como, na condição de estrutura metodológica de justificação, dever-se-ia desenvolver uma AIR.

<sup>7</sup> GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. [s.l.]. v. 57, n 2, p. 383-397, 2007.

<sup>8</sup> Radaelli, por exemplo, afirma que Itália, França e Áustria seriam países em que a AIR cairia em uma categoria que poderia ser metaforicamente descrita como “*nova garrafa sem vinho dentro*”. RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l.]. v.12, n 5, fev. 2005, p. 930. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019. Ver também: OECD. Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, p. 15. Disponível em: < [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page18](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18)>. Acesso em: 07.nov.2019.

<sup>9</sup> OECD. Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, p. 16. Disponível em: < [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page18](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18)>. Acesso em: 07.nov.2019. A OCDE indica que, em 2008, 31 jurisdições já se serviam de alguma expressão de AIR (Id. p. 15). Sobre as variações das AIRs correlacionadas a preferências políticas dos agentes públicos nos EUA ver estudo empírico de Ellig, McLaughlin e Morral III, em: ELLIG, Jerry; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, **Regulation & Governance**. [s.l.]. v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

Em um plano mais geral, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam como roteiros organizados de percursos de justificação de decisões de agentes públicos. Nessa perspectiva, a utilidade de cada um como instrumento capaz de promover racionalidade e, assim, contribuir para aceitabilidade de escolhas públicas, decorre da sua pretensão declarada de (i) conduzir o processo de justificação, especialmente pela distribuição de ônus de prova e ônus de argumentação, (ii) possibilitar o conhecimento das razões que sustentam as decisões que sobre eles se sustenta, (iii) permitir, como consequência da etapa anterior, o seu controle crítico, e, finalmente, (iv) abrir as portas para aprendizado institucional, seja pelo refinamento dos percursos de justificação existentes, seja pela sua substituição por novas alternativas após a sua aplicação frequente no tempo e em diferentes lugares<sup>10</sup>.

Como se nota, ter um mecanismo de justificação conhecido e estável é útil não só para a apreciação da qualidade das decisões que dele se seguem, como para o desenvolvimento de reflexões sobre a adequação da própria metodologia de decisão para a realização dos seus propósitos após a sua efetiva aplicação na realidade. Sua necessidade, ademais, torna-se maior quanto mais complexo for o processo decisório que pretende organizar em uma comunidade política que exige razões daqueles que decidem na esfera pública – especialmente quando as suas decisões pressupõem a consideração e a valoração de múltiplos elementos.

O fundamento dessa necessidade está na associação entre a (i) complexidade do momento presente da decisão, (ii) o aumento da incerteza projetável no futuro sobre o que é passível de ser conhecido e antecipável, (iii) a dificuldade de estabilizar, como legado do passado, os produtos do processo decisório e, como constante, (iv) o dever de justificar decisões. Nesse contexto, a necessidade *metodológica* se apresenta como chave central para lidar com os principais dilemas do Estado Administrativo contemporâneo: a sua justificação e a adequação das suas ações com a Constituição; as suas credenciais democráticas; a capacidade epistêmica daqueles que nele decidem<sup>11</sup>. Isso porque métodos, por meio dos roteiros que fornecem, erguem a pretensão tanto de orientar a promoção de objetivos constitucionais como reforçar os seus papéis como limites, abrem-se para a participação da sociedade e requerem a incorporação do melhor conhecimento disponível para a justificação de decisões. É, portanto, sobre a aptidão presumida de mediar as relações centrais entre normatividade, legitimidade e conhecimento que se sustenta o investimento em metodologias de decisão como AIR e proporcionalidade: quanto mais claro e apurado for o método para a otimização desses propósitos, maior o seu potencial para realizar as suas promessas de amarrar, ao menos procedimentalmente, as incertezas do futuro a guias disponíveis e confiáveis prontos para serem operacionalizáveis em qualquer momento. Assim, ainda que a proporcionalidade se apresente como instrumental metodológico aplicável para problemas jurídicos que envolvem princípios jurídicos em colisão e a AIR como um procedimento destinado a informar agentes públicos a respeito da conveniência e dos caminhos possíveis para implementar atos regulatórios destinados a realizar objetivos econômicos ou sociais relevantes<sup>12</sup>, ambos erguem, antes de tudo, a pretensão de *orientar* escolhas públicas e, desse modo, satisfazerem as expectativas dos afetados direta ou indiretamente por essas escolhas de que elas se sustentam sobre razões e podem ser controláveis. Nessa dimensão, os dois instrumentos de justificação possuem um caráter *prospectivo*, na medida em que se revelam úteis para conduzir a decisão que *ainda* será tomada. Essa, aliás, parece ser a justificação subjacente do dever imposto pelo artigo 5º da lei 13.874/19, segundo o qual “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão *precedidas* da realização de análise de impacto regulatório”.

<sup>10</sup> Quanto a esse último aspecto, v. OECD Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**, OCDE publishing, 2009, p. 18. Disponível em: < [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page18](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18)>. Acesso em: 07.nov.2019.

<sup>11</sup> VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**. [s.l.]. n 13-28, 2013, passim. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2329818>>. Acesso em: 07.nov.2019.

<sup>12</sup> OECD Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**, OCDE publishing, 2009, p. 12. Disponível em: < [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page18](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18)>. Acesso em: 07.nov.2019.

Sem embargo, instrumentos de justificação – e não é diferente com a AIR e a proporcionalidade – também desempenham importante papel *retrospectivo*, uma vez que podem ser usados para justificar a revisão de escolhas de agentes públicos ou, especificamente no caso da AIR, a avaliação de alternativas regulatórias já implementadas destinadas a averiguar se seus objetivos foram alcançados<sup>13</sup>. Nessa dimensão, tanto AIR como proporcionalidade se voltam ao *passado*, pois se ocupam da apreciação, do acompanhamento e de eventual revisão de escolha anteriormente feita. A provocação de um tribunal para avaliar, por exemplo, um ato legislativo já promulgado que restringe e promove direitos fundamentais ou a eficácia de uma escolha regulatória abre a oportunidade para a evocação, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR para *reconstruir* a decisão já tomada e, assim, justificar a sua manutenção ou exclusão do mundo. Assim, se na dimensão anterior tanto AIR como proporcionalidade se relacionam com o controle de escolhas de agentes públicos pela possibilidade de orientação *ex ante*, neste aspecto as duas se aproximam enquanto mecanismos úteis para orientar racionalmente a revisão *ex post* de decisões.

Essas possíveis aproximações iniciais, no entanto, não são suficientes nem necessárias para sustentar a existência de relações de identidade entre os dois exames. A pergunta que segue aberta até este momento, que afeta especialmente a identificação clara dos potenciais da AIR para a realização das vocações metodológicas anteriormente traçadas, é “como” ou “por quais meios” os seus objetivos de indução de qualidade e aperfeiçoamento da atividade regulatória serão realizados. Se a AIR é um procedimento administrativo voltado a auxiliar o agente regulador a tomar melhores decisões a partir da consideração sistemática dos efeitos esperados de diferentes alternativas regulatórias (incluída a possibilidade de descarte de regulações que se mostrem desnecessárias)<sup>14</sup>, é incerto como esse procedimento se estrutura ou mesmo como ele *deveria* se estruturar<sup>15</sup>. Com outras palavras, ainda que exista algum consenso mais amplo sobre (i) o papel da AIR para justificar a *necessidade* de uma escolha regulatória e para tornar o decisor sensível às *consequências* relativamente a outras alternativas a essa escolha e (ii) a importância de esses aspectos serem apreciados a partir de evidências empíricas e do uso de métodos científicos para a validação de escolhas regulatórias, não existe amplo consenso sobre as etapas pelas quais essas análises devem passar e sobre quais são as consequências relevantes das diferentes alternativas regulatórias que devem ser consideradas no processo decisório<sup>16</sup> (se exclusivamente econômicas ou, como no exemplo inglês, de outras naturezas, como sociais e ambientais<sup>17</sup>,

<sup>13</sup> Essa atividade, chamada de revisão regulatória retrospectiva, embora não seja propriamente recente, passou, nos EUA, a ter especial destaque pelos esforços do governo Obama de institucionalizar a prática chamada de “regulatory lookback”. Seu objetivo, como declarado por Cass Sunstein, que liderou na Administração Obama o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), era criar uma cultura regulatória de avaliação regular. V. a respeito a seção 6 da Executive Order 13.563/11 e COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017. No Brasil, o guia de diretrizes gerais e roteiro analítico sugerido para análise de impacto regulatório da Casa Civil prevê, nessa linha, a “avaliação de resultado regulatório” (ARR). Segundo o documento, “[o]s atos normativos ou a alteração de atos normativos dispensados de AIR prévia em virtude de urgência deliberada pelo Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras ou pela(s) Autoridade(s) Decisória(s) do órgão ou entidade da administração pública, ou que forem submetidos à AIR Nível II, deverão ser objeto de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR, com base nos efeitos observados: I – no prazo de até 2 anos, a contar da sua entrada em vigor, para os casos de urgência; II – no prazo definido na própria norma, para os casos de AIR Nível II”. V. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR** / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo\_final\_27.09.2018%20(1).pdf.> Acesso em 06.nov.2019, p. 18. A ARR é definida no guia como “o processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos foram alcançados” (p. 89).

<sup>14</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.29. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 370.

<sup>15</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.54.

<sup>16</sup> VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34-35.

<sup>17</sup> Lodge et al indicam que, de acordo com o guia formulado pela Better Regulation Executive (BRE), a AIR deve considerar um amplo espectro de custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, procurando, na medida do possível, sempre monetizá-los. Cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2. ed. Ox-

ou mesmo as relacionadas à promoção de crescimento inclusivo<sup>18</sup>).

Para Salgado e Borges, por exemplo, a estrutura da AIR “é, tipicamente, dividida da seguinte forma: título da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de *compliance*; e processos para monitoramento e avaliação”<sup>19</sup>. José Vicente Santos de Mendonça, por sua vez, sugere a sua organização em cinco etapas: “(i) a qualificação e a coleta de dados a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios; (ii) a adoção de critério de valoração de tais consequências; (iii) a avaliação delas; (iv) a adoção, correção ou rejeição do ato; (v) seu monitoramento”<sup>20</sup>. Radaelli, por fim, apresenta os principais elementos do que considera um formato tipicamente *ideal* de AIR: a definição do problema que requer uma ação regulatória; a explícita consideração de diferentes opções, incluindo a opção de não intervenção regulatória; a consulta pública e a participação dos potenciais afetados; a escolha de um método para a análise das diferentes opções; a análise das opções; testes especiais, como os que envolvem aspectos concorrenciais e impactos de gênero; critérios de escolha entre as diferentes opções e sua aplicação para justificar a escolha regulatória sugerida para o decisor; monitoramento e levantamento de informações sobre a alternativa privilegiada<sup>21</sup>.

Esse pequeno inventário de possibilidades revela como a AIR pode assumir diferentes roupagens para a justificativa de uma escolha regulatória. Em razão disso, o seu papel para funcionar como uma espécie de linguagem comum que fixa os referenciais de argumentação, como qualquer instrumento de metodologia, dos diálogos a serem estabelecidos entre reguladores, regulados e outros afetados pela implementação de alternativas regulatórias tende a ser mais importante no plano local, ao contrário da proporcionalidade, que, com os seus três exames bem definidos, acaba servindo, pelo menos do ponto de vista teórico<sup>22</sup>, como linguagem universal para a orientação de processos de decisão e de revisão de decisões que se estruturam em torno de objetivos constitucionais colidentes. Essa constatação é o ponto de partida para explorar mais de perto as duas estruturas de justificação e, assim, identificar com maior precisão em que elas se aproximam e se diferenciam e quais desafios ambas compartilham.

ford: Oxford University press, 2012, p. 317.

<sup>18</sup> Ver: DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment. **OECD Regulatory Policy Working Papers**, Paris, n 3, p. 1-55, OECD Publishing, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/5jm3tqwqp1vj-en>>. Acesso em 24. Ago.2019.

<sup>19</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão nº1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília. Jan. 2010, p. 7. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf). Acesso em 06.nov.2019.

<sup>20</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 371.

<sup>21</sup> RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l]. v.12, n 5, fev.2005, p.926. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>22</sup> O argumento apresentado reforça os potenciais metodológicos da proporcionalidade como produto de sua organização teórica. Mas isso não significa que, na prática decisória, essa organização, como já anunciado, seja descartada e a proporcionalidade, por conseguinte, torne-se apenas uma palavra vazia. Pensando especificamente na realidade brasileira, a “proporcionalidade real”, reduzida a um lugar-comum, provavelmente ocupa uma posição de menor destaque para contribuir para a racionalidade de decisões jurídicas quando comparada à “AIR real”. Com outras palavras, a relação que se estabeleceu até este momento no texto possivelmente se inverte quando o foco sai da teoria e alcança a prática: o que a proporcionalidade oferece, no plano teórico, em termos de linguagem comum conhecida e estruturada para conduzir processos de justificação se torna, na prática, menos do que a AIR, que, mesmo carente de uma estrutura única facilmente apreensível, não se deixa reduzir no mundo real a um simples *slogan*. Se algum esforço de estruturação de um raciocínio norteia AIRs reais, como o de identificação de alternativas regulatórias, incluindo a não regulação como possibilidade, e das suas respectivas consequências, isso já se revelaria suficiente para o reconhecimento de que ela se distancia de uma mera expressão carente de operacionalização.

## 2.2 Aproximações e distinções específicas

Se é verdadeiro que a AIR ainda carece de estrutura amplamente reconhecida, isso não significa afirmar a inexistência de aspectos consensuais subjacentes às suas mais diferentes versões. O mais evidente deles reside no fato de a AIR se oferecer como uma estrutura de justificação *consequencialista* de decisões. Como tal, ela pressupõe uma estrutura formal básica que se organiza em torno de três etapas e duas dimensões. As etapas seriam: (i) a fixação das alternativas de decisão, (ii) a identificação das consequências atreladas a cada uma das alternativas de decisão e (iii) a identificação de um critério de valoração para ordenar os distintos estados do mundo que podem advir da implementação das diferentes alternativas decisórias. Note-se, nesse particular, como essas etapas básicas aparecem, ainda que nem sempre de forma explícita, nas diferentes formulações de AIR apresentadas anteriormente.

As duas dimensões de um raciocínio consequencialista, por sua vez, seriam: (i) a positiva, que se expressa no esforço de prognose dos efeitos que podem ser produzidos pelas diferentes alternativas e (ii) a normativa, que decorre da aplicação do critério selecionado para o estabelecimento de uma relação de preferência entre os distintos estados do mundo de modo a justificar a decisão pela alternativa que conduza à consequência considerada desejável à luz do critério selecionado<sup>23</sup>. Mais uma vez, ressalte-se como essas dimensões aparecem nas diferentes versões apresentadas da AIR. Quando são levadas a sério, ambas passam a exigir esforços adicionais de justificação, notadamente (i) a apresentação de dados e estudos técnicos para diferenciar prognoses confiáveis de meros exercícios especulativos dos decisores<sup>24</sup> e (ii) a participação dos afetados atual ou potencialmente por escolhas regulatórias. No primeiro caso, está em jogo a *justificação epistêmica* dos juízos de antecipação do futuro que informam a AIR; no segundo, a *transparência* e, no limite, a *legitimidade democrática* da escolha regulatória<sup>25</sup>, que, por nem sempre se dar sob condições de certeza<sup>26</sup>, demanda um mecanismo de oitiva dos afetados, como no caso das consultas e audiências públicas, que capture a sua vontade de compartilhar os riscos sobre os efeitos incertos de uma escolha regulatória. No que diz respeito à dimensão normativa, a preocupação com a avaliação das diferentes opções regulatórias é evidenciada pelos debates em torno dos objetivos que devem ser considerados na análise de impacto de opções regulatórias (econômicos, sociais, ambientais, culturais etc.) e dos esforços para compor eventuais tensões existentes entre eles.

Como se nota, os diferentes debates e propostas de refinamento que afetam a estrutura geral de tomada de decisão regulatória orientada na AIR passam necessariamente pelos elementos básicos de um raciocínio consequencialista. É a partir desse traço comum, portanto, que serão analisados os seis pontos de convergência (e as distinções específicas) inicialmente apresentados entre AIR e proporcionalidade. Esses são referenciais centrais para se explorar os limites e possibilidades comuns dos dois exames para a realização das suas vocações metodológicas.

### 2.2.1 Metodologias de decisão orientadas para o futuro

Se parece simples relacionar a Análise de Impacto Regulatório com a orientação de raciocínios consequencialistas, a conclusão não parece se extrair com a mesma facilidade quando se considera o papel desempenhado pela proporcionalidade em casos que envolvem princípios jurídicos em colisão. Como princípios são comumente considerados espécies normativas que compõem o material jurídico autoritativo preexistente à tomada de deci-

<sup>23</sup> LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 91.

<sup>24</sup> Para uma proposta de critérios jurídicos para o tratamento de prognoses relevantes para a decisão jurídica, v. LEISNER, Walter. **Die Prognose im Staatsrecht**. Zukunft in Vergegenwärtigung. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 19 ss.

<sup>25</sup> Sobre a distinção v. LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **Jota**, 16.jun.2015. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>.> Acesso em 06. nov.2019.

<sup>26</sup> KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The Riverside Press Cambridge, 1921.

são<sup>27</sup>, seria possível afirmar que a sua aplicação pressuporia algum tipo de metodologia *retrospectiva* de justificação. Isso significaria que a proporcionalidade atuaria como uma estrutura de decisão orientada para o passado. Sendo assim, as aproximações estruturais entre ela e a AIR exigiriam esforços maiores de fundamentação.

Esse, porém, não é o caso. Uma maneira simples de aproximar os dois exames estaria em concebê-los como expressões de análises custo-benefício (ACB). Mas esse também não se mostra um caminho promissor, uma vez que pode reforçar reducionismos problemáticos. No caso da AIR, embora nos EUA ela tenda tradicionalmente a se operacionalizar por meio de uma análise custo-benefício<sup>28</sup>, essa não é uma associação necessária<sup>29</sup>. Em outros países, programas de aumento de qualidade da regulação não se limitam a uma análise orientada na *listagem, quantificação* e, sempre que possível, *monetização* dos custos e benefícios de diversas alternativas regulatórias<sup>30</sup> (uma análise focada, portanto, em *eficiência*, entendida como maximização do bem-estar), tal qual pressuposta por uma ACB<sup>31</sup>. É também possível encontrar em outras jurisdições considerações sobre a necessidade e a sua aptidão para a implementação de direitos sociais por meio de políticas públicas e outros elementos que contribuam para o reforço da legitimidade da própria AIR<sup>32</sup>. E esse não é um debate recente. Segundo Baldwin, a compreensão de que uma “boa regulação” envolve um *trade-off* entre eficiência e outros objetivos não econômicos (especialmente sociais) data dos anos setenta do século passado<sup>33</sup>. No caso da proporcionalidade, assim como há quem a identifique com uma análise custo-benefício<sup>34</sup>, há quem rejeite essa redução<sup>35</sup>. Por esses motivos, a resposta mais imediata para aproximar os

<sup>27</sup> ALEXANDER, Larry. What are Principles, and Do They Exist?. **San Diego Legal Studies Paper**, [s.l.], n. 13-119, jun. 2013. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>28</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**, 2. ed. Oxford: Oxford University press, 2013. p. 315-316. Para além da ACB, é possível também pensar em outras abordagens para orientar uma AIR, como a análise do custo-efetividade, a análise de risco, a análise risco-risco e a avaliação de custos. V. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 271 ss.

<sup>29</sup> J. Hertin et al identificam dois tipos básicos de metodologias de operacionalização da AIR: a análise custo-benefício e a avaliação de ônus administrativos (administrative burdens assessment). Além deles, algumas jurisdições específicas fazem referência a análises multicritério e análises de risco, como Hungria, Polónia e Irlanda. V. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**. [s.l.], v. 11, n 5-6, out. 2009. p. 417. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>30</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. **George Mason Law Review**, [s.l.], v. 22, 2015, p. 576, 579. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068>> acesso em 07.nov.2019.

<sup>31</sup> Nesse sentido, a a AIR poderia ser considerada como uma metodologia de decisão compatível com a análise econômica do direito. V. nessa linha MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 371.

<sup>32</sup> RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, [s.l.], v. 12, n. 5, 2005, p. 939. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019. É correto, no entanto, que, mesmo nos EUA, a análise custo-benefício na qual se orienta a AIR se preocupa apenas com custos e benefícios monetizados. Embora utilizada anteriormente, a ACB se tornou, com o foco apresentado, um componente *obrigatório* do desenvolvimento de políticas regulatórias para agências executivas por meio da Executive Order 12.291, de 1981, durante o governo Reagan. Durante a Administração Clinton, porém, foi editada a Executive Order 12.866, de 1993, que alterou a atmosfera das análises por meio da problematização da ênfase em bem-estar e apontando a importância de considerações que não podem ser monetizadas. Ver. CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. **George Mason Law Review**, [s.l.], v. 22, 2015, p. 582. Críticas são dirigidas à ACB pelas dificuldades de se monetizar bens moralmente valiosos, como saúde, vida e o meio-ambiente. V. a respeito OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 261.

<sup>33</sup> BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. [s.l.]. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 260.

<sup>34</sup> V. CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle. Proportionality Principle, **NYU Law and Economics Research Paper**, [s.l.], n. 19-10; **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 19-32, 2019, p. 4. Em tom crítico à proporcionalidade, os autores consideram essencialmente que ela é “in fact no more than a crippled cost-benefit analysis that often fails to produce the same rational welfarist result as does a cost-benefit analysis not unnecessarily constrained by a sequential analytical structure”. V. também em favor dessa aproximação Habermas, ver HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1992, p.316. Com olhar crítico, PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**, [s.l.], Cambridge University Press, 2017, p.2.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: \_\_\_\_\_. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie.

tipos de raciocínios pressupostos pelos dois exames pode se revelar pouco frutífera. Em vez da simples identificação com uma análise custo-benefício, parece, portanto, ser menos controverso sustentar que, em um plano mais geral, a proporcionalidade pode ser considerada uma metodologia de decisão, assim como a AIR, orientada para o futuro. O fundamento para tanto, no caso da proporcionalidade, passa basicamente pelo reconhecimento (i) do caráter teleológico associado à natureza dos princípios (os seus objetos de aplicação) e (ii) dos ônus de argumentação estabelecidos por cada um dos seus exames.

Tomando a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy e seus seguidores como referência, o caráter teleológico dos princípios se extrai da sua associação com ideais<sup>36</sup>. Liberdade de expressão, privacidade, moralidade administrativa e impessoalidade são exemplos de deveres abstratos imaginados desvinculados das possibilidades limitadas do mundo empírico e normativo<sup>37</sup>. São estados de coisas vinculados a um ideal de realização, para voltarmos aos exemplos, das configurações da realidade que associamos à liberdade de expressão, à privacidade, à moralidade administrativa e à impessoalidade. Sua existência decorre de sua associação com normas cuja validade se pode extrair jurídica e, em determinados casos, também moralmente<sup>38</sup>. Eles são, por isso, deveres ideais, que representam os objetos a serem otimizados expressados por princípios jurídicos<sup>39</sup>. Nesse quadro, aplicar qualquer princípio jurídico em uma situação específica significa fundamentalmente definir, por meio da decisão que se toma *agora*, o meio que, num contexto real de limitações fáticas e normativas, contribuirá para o atingimento do ideal a ele associado. Em curtos meios, a decisão funciona como o *meio* ou a *ação* cujos efeitos miram o estado de coisas vinculado ao princípio como *fim*<sup>40</sup>. Essa visão parece ser compartilhada mesmo por outras teorias sobre a natureza dos princípios jurídicos. Isso fica evidente na teoria de Ávila, quando ao conceito de princípio jurídico está associada a ideia de “promoção de um estado de coisas” e, por isso, a de normas *imediatamente finalísticas e primariamente prospectiva*<sup>41</sup>.

Se existe, portanto, uma relação do tipo conceitual entre princípios e finalidades, é possível sustentar que essas espécies normativas desempenham um duplo papel em processos jurídico-decisórios. Por um lado, eles expressam um ideal que funciona como norte para a justificação das decisões e ações que atuarão como meios para a sua promoção, enquanto, por outro, eles exigem uma forma específica de aplicação capaz de orientar a justificação do que é devido em casos concretos<sup>42</sup>. Nas teorias tanto de Alexy como de Ávila, a proporcionalidade é o instrumental metodológico exigido pela natureza dos princípios. No primeiro caso, em função da caracterização de princípios como comandos para serem otimizados<sup>43</sup>; no segundo, porque ela estrutura a “aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”<sup>44</sup>. Estabelecida essa relação, extrai-se a racionalidade teleológica pressuposta pela estrutura dos princípios e pela própria proporcionalidade<sup>45</sup>. A teoria dos princípios, em outros meios, poderia ser caracterizada, mesmo em diferentes versões, como uma “teoria teleológica da fundamentação jurídica”<sup>46</sup>. Essa fundamentação, por sua vez, organiza-se em torno dos exames de adequação e de necessidade, no plano da realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades fáticas, e da proporcio-

Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 260-261.

<sup>36</sup> SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 78.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 23.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 24.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, Ver também: SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**, op. cit., p.78.

<sup>40</sup> SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990, p.78-79.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.102.

<sup>42</sup> LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014, p.202.

<sup>43</sup> Alexy afirma se extrair logicamente a estrutura da proporcionalidade do conceito de princípios como mandamentos de otimização, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, op. cit., p. 100.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

<sup>45</sup> LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 203.

<sup>46</sup> HENSCHKE, Martin. **Teleologische Begründungen in der Juristischen Dogmatik**. Baden-Baden: Nomos, 1998, p.71.

nalidade em sentido estrito, no nível da realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades jurídicas<sup>47</sup>.

Tal caracterização aproxima a proporcionalidade da AIR como estruturas *prospectivas* de justificação. Ambas olham para frente, seja para justificar escolhas regulatórias que precisam ser feitas agora em função dos seus efeitos projetados no futuro (AIR), seja em função do seu papel para justificar a eleição, no presente, de certos meios para promover sem custos desproporcionais, também no futuro, objetivos constitucionais (princípios) em relação de tensão (proporcionalidade). As duas, na verdade, mesmo quando amparam juízos de revisão de escolhas de agentes públicos, o que, como visto, garante-lhes um papel retrospectivo relativamente ao *momento* de análise da escolha regulatória, continuam funcionando como instrumentos prospectivos de justificação, na medida em que, como instrumentos de *controle*, exigem, quando não se destinam especificamente à avaliação de escolhas implementadas com o objetivo de apreciar a sua aptidão, após determinado tempo, para a realização dos seus propósitos (em uma situação, por exemplo, de “avaliação de resultado regulatório”/*regulatory lookback*), raciocínios *contrafactuais* que permanecem orientados para o futuro. Isso quer dizer que, quando orientam revisões de escolhas já feitas, tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem almejar reconstruir a decisão pressupondo, como referenciais básicos para a crítica, uma ou mais *proposições condicionais* que se sustentam sobre considerações (i) a respeito dos efeitos que *poderiam* ter sido produzidos por outros meios não privilegiados ou (ii) sobre o tipo de justificação que deveria ter sido desenvolvida para sustentar a preferência (ou não) por determinado curso de ação ou decisão<sup>48</sup>. No caso da AIR, a importância desse tipo de análise fica clara quando, por exemplo, as “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da Casa Civil indicam que “[u]ma boa ARR também deve levar em consideração, ao avaliar a eficiência, eficácia e efetividade de uma ação, *o que teria ocorrido no período analisado se nenhuma ação tivesse sido implementada*”<sup>49</sup>.

Essas aproximações não querem dizer, contudo, que as duas estruturas pressuponham integralmente o mesmo tipo de raciocínio. É essa conclusão que, ao mesmo tempo, *diferencia* a AIR da proporcionalidade e possibilita, na exata extensão em que possam ser consideradas estruturas *complementares*, que ambas possam coexistir. Explica-se.

Como visto, enquanto a proporcionalidade é um instrumento metodológico voltado à justificação de raciocínios teleológicos, a AIR se preocupa com a organização e o incremento de racionalidade de raciocínios *consequencialistas*. Isso significa essencialmente que, enquanto a AIR se concentra nos *efeitos* que podem ser produzidos por um dado conjunto finito de alternativas – que funcionam como causas no raciocínio –, a proporcionalidade se volta para a justificativa das *causas* que podem produzir, como efeitos, a melhor composição entre fins previamente identificados em relação de tensão. Programas finalísticos, como aqueles que estão normativamente associados à estrutura de princípios jurídicos, pressupõem correspondências e

<sup>47</sup> LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden Baden: Nomos, 2014, p. 230 ss.

<sup>48</sup> COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, L. A.. Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects. In: \_\_\_\_ (eds.) **Causation and counterfactuals**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2004, p. 2. No caso específico de avaliações de resultado regulatório, o raciocínio contrafactual não é sempre devido, pois a ARR se destina prioritariamente, como etapa importante de um ciclo regulatório que deveria se iniciar com uma AIR, a apreciar *ex post* a efetividade da alternativa regulatória privilegiada inicialmente com base nos próprios indicadores de sucesso fixados no passado. De acordo com o “guia com diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da casa Civil, em alusão a posições da autoridade regulatória do Reino Unido, “há três principais perspectivas que podem ser adotadas numa ARR: (i) [a]valiação de processo: busca avaliar como a ação foi implementada, com foco nos meios e processos empregados e como eles contribuíram para o sucesso ou fracasso na obtenção dos objetivos esperados; (ii) [a]valiação de impacto: busca avaliar se a ação implementada de fato agiu sobre o problema identificado, quais impactos positivos ou negativos ela gerou, como eles se distribuíram entre os diferentes grupos e se houve impactos inesperados; (iii) [a]valiação econômica: busca avaliar se os benefícios gerados pela ação implementada superaram seus custos”. **V. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais** [et al.]. –Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo\_final\_27.09.2018%20(1).pdf> Acesso em 06.nov.2019, p. 90.

<sup>49</sup> Id., p. 90.

relações possíveis entre as ideias de meio e causa, de um lado, e de fim e efeito, de outro<sup>50</sup>. É tal correspondência que possibilita a criação de referenciais comuns para a compreensão das diferenças estruturais entre raciocínios teleológicos e consequencialistas não comprometidos, respectivamente, com nenhum fim específico ou critério explícito de valoração. Esvaziadas substantivamente – não se deixando, portanto, confundir com teorias éticas sobre a justificação de ações<sup>51</sup> – e limitados a formas gerais de organização do raciocínio<sup>52</sup>, as duas formas de estruturação de justificações se diferenciam basicamente pela ênfase em um ponto fixo de possíveis cadeias de meio/fim ou causa/efeito. Dada a dificuldade de trabalho, ao mesmo tempo, com a identificação de causas e efeitos e as valorações que afetam a sua seleção e consideração, reveste-se de valor heurístico *fixar* um dos referenciais: quando, de um lado, fixam-se as alternativas de decisão (ou causas) e o foco recai sobre os efeitos que elas podem vir a produzir, o raciocínio é considerado consequencialista; quando, ao contrário, fixam-se os efeitos que se quer produzir e o foco de análise recai sobre a busca das causas que podem realizá-los, o raciocínio é teleológico<sup>53</sup>.

Feita a distinção, ainda que a operacionalização da AIR seja um tema controvertido tanto do ponto de vista descritivo (*i.e.* em relação àquilo que, *de fato*, a concretiza em diferentes ordens jurídicas) como normativo (*i.e.* em relação a como uma AIR *deveria* funcionar), é possível imaginar espaços de complementação entre AIR e proporcionalidade. Isso significa reconhecer que há momentos do exame da proporcionalidade que podem acomodar uma AIR, assim como etapas de uma AIR que poderiam se servir da estrutura do dever de proporcionalidade. Essas relações pressupõem o devido uso de uma das estruturas para a justificativa de análises pressupostas pela outra, e não apelos genéricos ou, no caso específico da proporcionalidade, o recurso a sentidos distintos que a palavra pode receber em nossa ordem jurídica. Esse é o caso, por exemplo, quando se defende a aplicação do “princípio da proporcionalidade” à AIR como sinônimo de “bom senso racional”<sup>54</sup>. Nesse cenário, a referência à proporcionalidade não remete a um exame estruturado em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para a justificação de soluções para problemas decisórios que envolvem objetivos jurídicos colidentes relativamente a uma medida, mas uma evocação genérica de prudência para a consideração de custos e benefícios, que devem estar, em um sentido comum da expressão, em uma *relação proporcional*<sup>55</sup>.

Excluído o sentido de proporcionalidade irrelevante para este trabalho, parece haver claro espaço para a utilização da proporcionalidade na AIR quando esta envolver objetivos jurídicos que, relativamente a diferentes alternativas regulatórias, podem estar em relação de tensão. Esse tipo de problema pode ser

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999, p. 269.

<sup>51</sup> No plano das teorias éticas sobre a correção de ações, não é raro que propostas consequencialistas e teleológicas sejam tratadas indistintamente. Uma formulação simples que justifica essa visão é a de que uma ética teleológica – em oposição a uma teoria deontológica – seria aquela que sustenta que a correção ou inadequação de uma ação depende (da avaliação) de suas consequências. Nesses termos, como afirma Spielthener, “teorias teleológicas são idênticas a propostas consequencialistas”. Mas mesmo no domínio da ética seria possível diferenciar as duas perspectivas. De um lado, teorias teleológicas se diferenciariam de teorias consequencialistas por pressuporem um (ou um conjunto de) fim(ns) ou propósito(s) para os quais a ação humana deveria estar direcionada. Ver SPIELTHENNER, Georg. Consequentialism or deontology?. *Philosophia*, [s.l.], v. 33, n. 1, 2005, p. 278. Tal distinção faz, estruturalmente falando, sentido à luz da distinção anteriormente apresentada, especialmente porque raciocínios teleológicos pressupõem a fixação de um fim como referência.

<sup>52</sup> Nesse sentido, as duas estruturas apresentadas se afastam de teorias normativas como o utilitarismo, o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito. V. a respeito LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**, op. cit., p. 215-243.

<sup>53</sup> LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**, op. cit., p. 53 e 55.

<sup>54</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão n° 1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. p. 12. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf). Acesso em 06.nov.2019.

<sup>55</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão n° 1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. p. 12 e 16. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf). Acesso em 06.nov.2019. Ver também: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 261. Os autores observam que a força tarefa para melhor regulação do Reino Unido, criada em 1997, indica a proporcionalidade como princípio a ser considerado para a edição de uma boa regulação.

identificado na estrutura consequencialista típica da AIR quando diferentes alternativas são consideradas e os seus efeitos podem ser avaliados positiva ou negativamente em função de *diferentes* critérios de valoração aplicáveis. Em outras palavras, a proporcionalidade se revela útil para lidar com um problema da dimensão *normativa* da AIR, especialmente quando a monetização dos custos e benefícios associados à promoção e à restrição de objetivos imbricados não se revela possível ou suficiente. Nessa hipótese, embora o nível da proporcionalidade em sentido estrito – no qual acontece a *ponderação* – desponte como o de utilidade mais evidente<sup>56</sup>, nada parece impedir que os exames de adequação e de necessidade também possam ser aplicáveis para se aferir se a alternativa regulatória é, respectivamente, apta para promover a finalidade que deveria ser por ela visada (eficiência ou qualquer outro objetivo juridicamente relevante) e se não existe alguma outra opção (incluindo a de não regular) capaz de garantir benefícios idênticos para a promoção do objetivo que deveria orientar a escolha regulatória, mas que restrinja menos a realização de outros objetivos juridicamente relevantes<sup>57</sup>.

Da mesma forma, no outro lado da moeda, nada parece igualmente excluir a utilidade da AIR para a operacionalização da proporcionalidade. Se o que está em jogo, para recorrermos novamente ao artigo 5º da lei 13.874/19, é a discussão sobre a constitucionalidade de um ato normativo “de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados” cuja promulgação institui uma opção regulatória que implica restrições em objetivos constitucionais importantes, como a livre-iniciativa ou a livre-concorrência, especialmente os exames de adequação e de necessidade – por dizerem respeito à otimização de princípios relativamente às possibilidades fáticas – poderiam ser operacionalizados por meio de uma AIR. Nesse caso, a AIR atuaria, como expressão da operacionalização do dever constitucional de *eficiência*, como reforço de justificação *por dentro* da realização do exame de proporcionalidade<sup>58</sup>.

### 2.2.2 Aplicabilidade e relações com problemas normativos

Se é correto que AIR e proporcionalidade podem, como instrumentos metodológicos orientados para o futuro, ser aplicadas como estruturas complementares de justificação, isso não significa que essa relação de complementariedade faça sempre sentido. Na seção anterior foram exploradas as relações de composição entre os dois exames a partir de sua utilidade para lidar com problemas de decisão regulatória que passam estruturalmente, no todo ou em parte, pela superação de colisões entre objetivos jurídicos – normativamente considerados, seguindo a concepção de Robert Alexy<sup>59</sup>, expressões de *princípios*. Esse precisa ser o caso, já que a localização de relações de tensão entre princípios relativamente a uma medida é pressuposta para a incidência da regra da proporcionalidade<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 370, nota 1204.

<sup>57</sup> É bastante questionável, na verdade, se os exames de adequação e de necessidade não estariam necessariamente embutidos em uma AIR. O documento “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a elaboração de Análise de Impacto Regulatório” elaborado pela Casa Civil da Presidência da República em conjunto com outras instituições, por exemplo, prevê a consideração, ainda que de forma implícita, da adequação e da necessidade de alternativas regulatórias para a promoção da “missão e das diretrizes institucionais” do agente regulador (p. 45) e para a aferição da justificativa da escolha regulatória em face de alternativas normativas e não normativas, incluída a possibilidade de não regulação. V. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório** – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerai%20e%20Guia%20Orientativo\_final\_27.09.2018%20(1).pdf.> Acesso em 06.nov.2019.

<sup>58</sup> Sobre esse tema v. LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 15, 2008 e ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>. Acesso em 06.nov.2019

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: \_\_\_\_\_. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p.257.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, op. cit., p. 100, nota 84.

Essa constatação é central para a separação de espaços em que a AIR pode ser exigida sem que a aplicação da proporcionalidade seja justificável. Reduzida a uma análise custo-benefício, como nos EUA, ou desenvolvida sem que existam objetivos jurídicos em relação de tensão capazes de afetar a valoração de diferentes alternativas regulatórias, a AIR, em si, envolve apenas *indiretamente* a aplicação de normas jurídicas. No máximo, ela diz respeito a uma relação normativa *unidirecional*. Isso ocorre porque o desenvolvimento da AIR já seria uma maneira de concretização ou promoção, no primeiro caso, de uma leitura econômica do dever de eficiência<sup>61</sup> ou de qualquer outro objetivo mediato buscado por meio de sua realização, como transparência, racionalidade, *accountability* e controle da discricionariedade. No segundo caso, ela desempenharia o mesmo papel para um único objetivo visado, como a livre-concorrência, a defesa do consumidor, o desenvolvimento ou o acesso à educação. Diferentemente, a aplicação da proporcionalidade envolve necessariamente a superação de um problema *imediatamente jurídico* de decisão por definição, na medida em que se destina a compor normas jurídicas (princípios) concretamente colidentes. Na leitura mais evidente dessa aplicabilidade, a proporcionalidade atua como roteiro de justificação da *profundidade* – e, assim, da constitucionalidade – de escolhas regulatórias, uma vez que se voltaria à organização das razões capazes de sustentar a necessidade da regulação tendo em vista as restrições causadas à livre-iniciativa<sup>62</sup>.

Mesmo, porém, em situações específicas em que se constatem princípios em colisão, pode ser igualmente injustificável o recurso a uma AIR. Esse é evidentemente o caso quando direitos fundamentais cuja realização não afetam o interesse de agentes econômicos enquanto tais, de usuários de serviços públicos ou o meio-ambiente – situações que exigiriam AIR<sup>63</sup> – estão em conflito. Fora do universo do que se possa definir como “regulação”, o exame de proporcionalidade pode ser desenvolvido sem os ganhos adicionais que possam advir da aplicação da AIR, mesmo que se considere que a proporcionalidade envolva uma espécie de análise custo-benefício. Um conflito entre atores privados que coloque em relação de tensão o exercício do direito de liberdade de expressão e a devida tutela da privacidade não é, por exemplo, necessariamente um problema regulatório. Harmonizar os objetivos em tensão, da mesma forma, não parece, salvo em sentido meramente figurado, envolver uma análise custo-benefício. Por esse motivo, esse tipo de problema não exige uma AIR, embora a justificação da resposta privilegiada no caso concreto idealmente dependa da aplicação da regra da proporcionalidade e de seus três sub-deveres.

### 2.2.3 Aplicáveis por quem e em que momentos?

Como instrumentos metodológicos que estabelecem procedimentos de justificação, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam na medida em que ambos erguem a pretensão de serem ortogonais em relação a (i) distintos arranjos institucionais e (ii) diferentes teorias normativas sobre regulação, o papel dos direitos fundamentais no constitucionalismo e o comportamento esperado de tomadores de decisão. Isso significa que a sua utilidade para a justificação de decisões se extrai de sua pretensão de *neutralidade* em relação a esses elementos, o que as torna, por um lado, compatíveis com diversas teorias normativas e facilmente acomodáveis em diferentes modelos de governança, mas, ao mesmo tempo, muito sensíveis a essas variáveis. Tal pretensão de neutralidade se deixa captar pela caracterização da AIR e da proporcionalidade como procedimentos lineares organizados em uma sequência de etapas analíticas preenchidas por julgamentos técnicos que conduzem a resultados racionais.

Uma consequência dessa afirmada neutralidade está na possibilidade de vincular os dois instrumentos a *propósitos* distintos em torno dos quais teorias normativas são desenvolvidas para inspirar modelos de

<sup>61</sup> Sobre o papel da AIR para, via ACB, promover eficiência econômica v. SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. *Harvard Environmental Law Review*, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446.

<sup>62</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, 2006, p. 10.

<sup>63</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 279.

governança institucional. A AIR, por exemplo, pode estar a serviço prioritário de valores como eficiência, igualdade ou reforço de uma comunidade deliberativa, conforme ela esteja relacionada, respectivamente, a propostas normativas orientadas (i) em elementos de teoria da escolha racional preocupadas com o *controle* político da burocracia (notadamente a partir da dinâmica principal-agente), (ii) na produção de oportunidades *iguais* para grupos de pressão participarem do processo de formação da vontade regulatória ou (iii) na permeabilidade para a participação *direta* de grupos de interesse público, organizações da sociedade civil e cidadãos individualmente<sup>64</sup>. Da mesma forma, a proporcionalidade pode ser reconduzida a propósitos diferentes, como a *legitimidade* do controle judicial de escolhas públicas feitas por agentes democraticamente eleitos ou o *controle da discricionariedade* de agentes públicos cujas decisões podem implicar restrições a direitos. Além disso, essa sensibilidade, que, ao mesmo tempo, pressupõe e implica ductibilidade, justifica as diferentes versões que AIR e proporcionalidade, como visto, recebem em diferentes realidades quando o que está em jogo é identificar as fases e os ônus de argumentação que devem ser superados nos seus respectivos processos de aplicação.

Os efeitos dessa anunciada neutralidade dos dois procedimentos analíticos de justificação não se fazem presentes, porém, apenas na compatibilidade da AIR e da proporcionalidade com diferentes propósitos e na estruturação de diferentes roteiros de argumentação para operacionaliza-los. Ao contrário, eles também afetam a sua possível utilidade para auxiliar prioritariamente o trabalho de diferentes instituições e em momentos distintos de análise de escolhas públicas. E essa parece ser uma distinção central entre os dois métodos.

Embora não haja nenhum óbice conceitual à aplicação da proporcionalidade pelos órgãos do Executivo e do Legislativo, sua estrutura está comumente associada à *revisão judicial* de decisões desses dois poderes. A proporcionalidade, nesse sentido, volta-se prioritariamente ao *controle ex post* de leis e atos normativos emanados do Parlamento e da Administração, notadamente daqueles que implicam restrições a objetivos juridicamente relevantes em nome da promoção de outros objetivos de mesma natureza. Com esse propósito – e especial foco no controle de decisões que restrinjam direitos fundamentais – ela foi desenvolvida pela jurisprudência de um tribunal – mais especificamente, do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>65</sup>. E, com essas mesmas características, o exame de proporcionalidade organizado nas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se espalhou pelos principais sistemas de justiça constitucional do mundo<sup>66</sup>.

É certo que a caracterização da proporcionalidade como um instrumento de controle judicial *ex post* não pressupõe (i) que outros poderes não façam “ponderações” e (ii) que eles não devam se orientar nos percursos de justificação da proporcionalidade para justificar as suas escolhas. Isso porque, não estando a proporcionalidade tradicionalmente associada a uma doutrina de deferência judicial (ao contrário de outros testes, como o de razoabilidade desenvolvida na Inglaterra no modelo *Wednesbury* ou o de “*rational basis*”, nos EUA<sup>67</sup>), a possibilidade futura de uma revisão criteriosa por parte de um juízo ou tribunal deveria funcionar como um incentivo para que o legislador e o administrador *antecipassem*, já no momento de criação normativa, a análise da proporcionalidade de suas escolhas à luz das mesmas bases rigorosas a serem empregadas pelo Judiciário. A apresentação de justificativas detalhadas sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida não só facilitariam a identificação dos eventuais pontos de divergência entre as alegações de proporcionalidade e desproporcionalidade em um problema específico, como atuaria (i) redistribuindo ônus de prova (transmitindo-os claramente para quem defendesse a imprecisão dos exames feitos no Legislativo ou na Administração) e (ii) aumentando os ônus de argumentação para a sustentação, pelo Judiciário, da invalidade da escolha.

<sup>64</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 286.

<sup>65</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 91, 2002, p. 30.

<sup>66</sup> STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 47, 2008, p. 75.

<sup>67</sup> STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 47, 2008, p. 79.

No caso da AIR, seu papel está mais associado nas diferentes realidades que a aplicam a um escrutínio pré-legislativo da produção de normas regulatórias ou à avaliação dos efeitos esperados de decisões regulatórias da Administração a serem tomadas ou já em curso<sup>68</sup>. Como se nota, ao contrário da proporcionalidade, o procedimento administrativo previsto por uma AIR se localiza tradicionalmente *antes* da formação da vontade regulatória ou durante o *monitoramento* de escolhas já implementadas. Nesse último caso, a AIR funcionaria, como destacado no guia de avaliação de impacto do Reino Unido, como um “documento vivo”, que precisa ser revisado diversas vezes quando informações sobre a determinação de custos e benefícios se tornarem mais claras<sup>69</sup>. Além disso, ela não é concebida para conduzir a atividade judicial. No caso brasileiro, os artigos 5º e 6º, respectivamente, das leis 13.874/19 e 13.848/19, preveem a obrigatoriedade da AIR *apenas* para entidades da Administração Pública e *antes* da edição e alteração de atos normativos<sup>70</sup>.

As vocações *ex ante* e não judicial da AIR não implicam, contudo, que ela não possa ser reaberta em uma discussão judicial ou, no limite, que ela seja desenvolvida inicialmente no âmbito de um processo judicial. Devido à inafastabilidade do controle judicial, as bases racionais apresentadas para uma escolha regulatória após uma AIR podem ser, quando controvertidas, discutidas em juízo. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há divergências técnicas localizadas na dimensão positiva do raciocínio consequencialista. Este pode ser o caso (i) quando prognoses baseadas em estudos desenvolvidos por especialistas distintos voltados à antecipação dos efeitos de alternativas regulatórias ainda não implementadas levam a resultados diferentes ou (ii) quando, durante o monitoramento de uma medida regulatória, for judicializada uma discussão a respeito da viabilidade de sua manutenção. Da mesma forma, se é correto que a AIR pode instrumentalizar um exame de proporcionalidade, nada impede que, por exemplo, no âmbito do exame de necessidade seja feita uma análise de impacto de uma medida regulatória M para se aferir se não exista alternativa que promova a finalidade regulatória por ela visada com a mesma intensidade de M, mas que restrinja menos a livre-iniciativa. Nas duas hipóteses, a AIR pode desempenhar um papel central na justificação de decisões judiciais, ainda que diga respeito a problemas distintos. No primeiro caso, o que está em jogo é uma discussão *interna* em torno da sustentação técnica, a partir de uma análise já proposta, de uma escolha regulatória; no segundo, a sua *validade* em razão da imbricação de objetivos constitucionais.

## 2.2.4 Controle judicial e compatibilidade com modelos de deferência a escolhas técnicas

### 2.2.4.1 Dois problemas

Como roteiros metodológicos, tanto a AIR como a proporcionalidade podem ser úteis tanto para conduzir a formação da vontade regulatória, como para a sua revisão. Nesse último caso, ambas funcionam como mecanismos *ex post* de controle de decisões legislativas ou administrativas. Nesse contexto, surge como problema relevante até que ponto, quando outras instituições são chamadas a rever decisões de outras instituições, essas ferramentas são compatíveis com modelos de deferência. Esse é um tema comumente colocado para defensores da AIR e da proporcionalidade. No limite, ele coloca em xeque a compatibilidade do emprego desses instrumentos por certas instituições com a separação de poderes.

<sup>68</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 280.

<sup>69</sup> OECD. **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2009, p. 25. Disponível em: < [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page18](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18)>. Acesso em: 07.nov.2019, fazendo referência explícita ao UK Impact Assessment Guide. Tradução livre.

<sup>70</sup> Deve-se destacar, sem embargo, a existência de propostas de inclusão da necessidade de análise de impacto legislativo nos próprios processos de criação normativa no Parlamento. V., por exemplo, o Projeto de Resolução nº 301, de 2018, da Câmara dos Deputados, que visa à inclusão de capítulo específico no seu Regimento Interno sobre a “avaliação de impacto e controle da produção legislativa”. V. também sobre o assunto, ANDRADE, Aparecida de Moura e SANTANDA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 781-798, e SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

Esse desafio comum compartilhado pela AIR e pela proporcionalidade se coloca em dois planos diferentes. No primeiro, a possível tensão se coloca quando se discute se determinada instituição pode rever (com o apoio desses instrumentos metodológicos ou não) escolhas de outros poderes. Esses não são problemas de racionalidade dos modelos, mas de *legitimidade* da atuação das instituições que deles podem se servir. Isso ocorre quando se discute se o Judiciário pode invalidar decisões legislativas ou substituí-las por medidas que julgue mais apropriadas com base em um exame de proporcionalidade (especialmente no nível da proporcionalidade em sentido estrito)<sup>71</sup>. O mesmo se dá quando se debate se o controle de escolhas regulatórias amparado em AIR exercido nos EUA pela *Office of Management and Budget* (OMB), vinculada à Presidência da República, viola a arquitetura institucional daquele país, que pressupõe delegação de poderes para a implementação de escolhas regulatórias às agências, e não à Casa Branca<sup>72</sup>.

Embora associados ao manejo e à utilidade da proporcionalidade e da AIR para o exercício de tarefas de controle não facilmente acomodáveis em um regime de separação de poderes, os problemas de legitimidade mencionados não precisam ser enfrentados *necessariamente* a partir do papel que esses instrumentos metodológicos podem desempenhar para a justificação de decisões. Por esse motivo, o segundo plano de tensões entre, de um lado, proporcionalidade e AIR e, de outro, a separação de poderes merece maior atenção dentro da proposta deste trabalho. Como anunciado, a questão relevante neste ponto é saber se os dois procedimentos, por razões estruturais, inclinam naturalmente a atividade de controle *judicial* para a *revisão* de decisões de outras instituições (ou, pelo menos, não impõem ônus de argumentação elevados para justificar a revisão), ou se ambos são capazes de justificar também opções de deferência.

#### 2.2.4.2 Deferência e discricionariedade epistêmica

No caso da proporcionalidade, esse é um dilema já mapeado. Críticos e defensores da ponderação desenvolvem argumentos para sustentar a compatibilidade, ou não, dos exames de adequação, necessidade e, especialmente, de proporcionalidade em sentido estrito com o respeito a margens de conformação legislativas. Para tornar uma longa história curta, se é verdade que o modelo de ponderação leva a juízos arbitrários e irrefletidos<sup>73</sup>, não havendo controle possível dos juízos de valor empreendidos durante o seu processo de aplicação, o uso indiscriminado da proporcionalidade poderia, no limite, levar à onipotência judicial. Nesse cenário de ceticismo a respeito da racionalidade da proporcionalidade, o legislador perderia a sua autonomia, na medida em que juízes poderiam, sempre que julgassem adequado, rever as suas decisões com base no que eles entendessem ser a composição ótima entre princípios colidentes. O trabalho legislativo – e também da Administração – estaria sempre sujeito à aprovação *ex post* em um teste de proporcionalidade desenvolvido no Judiciário, sem que se reconheçam espaços para discricionariedade. Isso porque, após um exame judicial

<sup>71</sup> Neste caso, o principal problema de legitimidade levantado está associado a uma suposta falta de racionalidade da ponderação (que ocorre no plano da proporcionalidade em sentido estrito), o que possibilitaria a revisão judicial de escolhas legislativas ou administrativas com base em julgamentos subjetivos. O problema da legitimidade seria, portanto, um problema de racionalidade. Defensores da ponderação insistem em sua racionalidade, especialmente pelo refinamento de sua estrutura. Ver sobre o debate em: STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, [s.l.], v. 47, 2008, p. 83-85. ALEXY, Robert. Posfácio. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

<sup>72</sup> Aqui, a violação à separação de poderes decorreria de um desequilíbrio nas relações entre o Congresso e a Presidência da República, que teria nas mãos as chaves para controlar o processo decisório regulatório. Essa concentração aumentaria a centralização e a politização da criação e implementação de escolhas regulatórias, “*exasperando os efeitos negativos sobre a governança democrática subjacente à dicotomia política/administração*” RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.290. Defensores da revisão centralizada na presidência não é necessariamente um problema para a separação de poderes, dado que o Presidente precisa ter algum espaço para controle de decisões das agências para avançar as suas propostas políticas. V. DEMUTH, Christopher C.; GINSBURG, Douglas H. White House review of Agency Rulemaking. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 99, n. 5, p. 1075-1088, 1985.

<sup>73</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992, p. 316.

de proporcionalidade, ou a decisão legislativa/administrativa seria válida porque reconhecidamente otimizaria princípios em colisão, ou inválida pela constatação de ela não produzir esse resultado.<sup>74</sup> O que deveria funcionar no Judiciário como processo de *aplicação* do direito, acaba sendo apresentado, na prática judicial, como fruto de *cognição*, o que elimina qualquer margem para escolhas de outras instituições<sup>75</sup>.

Essas margens de discricionariedade podem estar relacionadas a diferentes sentidos. Por um lado, o que pode estar em jogo é o reconhecimento de margens de conformação *estruturais*. Elas existem quando, do ponto de vista do sistema normativo vigente, é possível identificar espaços entre aquilo que o constituinte exigiu ou proibiu<sup>76</sup>. Em uma outra formulação, existe discricionariedade estrutural quando a decisão legislativa ou administrativa diz respeito àquilo que não está expressamente proibido ou obrigado pelo direito. Nessa zona, as escolhas podem ser feitas e o Judiciário deveria respeitá-las. Controvertido, portanto, é se a proporcionalidade, quando operacionalizada para a revisão judicial de escolhas de outros poderes, é capaz de levar ao reconhecimento desses espaços de escolha<sup>77</sup>.

A existência de margens de conformação estruturais, porém, não é um problema central para a discussão sobre a compatibilidade da revisão judicial de decisões legislativas ou administrativas sustentadas sobre AIRs com deferência. Mais útil para aproximar os dilemas da compatibilidade entre deferência, AIR e proporcionalidade é, na verdade, explorar até que ponto tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem conduzir ao reconhecimento de margens de discricionariedade *epistêmica*. Elas são de especial relevo quando o que se discute é o controle judicial das prognoses capazes de informar tanto as análises prospectivas relacionadas à proporcionalidade, como as relacionadas à AIR. Nesse caso, a discricionariedade técnica relevante é a que diz respeito ao conhecimento *empírico*.

De fato, instrumentos metodológicos que erguem a pretensão de conduzir processos decisórios orientados para o futuro dependem, porque envolvem uma dimensão positiva, da confiabilidade de afirmações sobre os efeitos esperados de alternativas de decisão. E o conhecimento das possíveis conformações da realidade pode depender de estudos técnicos amparados em análises econométricas, em métodos aplicados nas ciências sociais ou no estado de evolução do conhecimento científico disponível em áreas determinadas, como a medicina ou a engenharia. Por esse motivo, raramente a formação jurídica tradicional terá algo a dizer sobre a confiabilidade das prognoses desenvolvidas na dimensão positiva de raciocínios consequencialistas. O mesmo, a propósito, também vale para a sustentação de relações de causalidade ou correlação em raciocínios teleológicos. Dadas essas limitações, é possível desconfiar *a priori* das credenciais epistêmicas dos juízes para apreciar a validade das prognoses que lhes são apresentadas ou para buscar, eles mesmos, as informações necessárias para determinar qual é a alternativa de decisão mais apropriada para lidar com um determinado desafio regulatório.

No âmbito da proporcionalidade, Alexy reconhece que “os exames da adequação e da necessidade dizem respeito a uma relação meio-fim, cuja avaliação frequentemente suscita difíceis problemas de prognósticos”<sup>78</sup>. Além disso, a própria proporcionalidade em sentido estrito, se operacionalizada pela fórmula do peso<sup>79</sup>, também coloca desafios cognitivos severos a juízes, notadamente no desenvolvimento das

<sup>74</sup> JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, [s.l.], 2012, p. 168-169.

<sup>75</sup> JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, [s.l.], 2012, p. 171.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 584.

<sup>77</sup> Na teoria dos princípios, o reconhecimento de margens de conformação estruturais é descrito como o produto de uma encruzilhada ou impasse (*stalemate*) ao final do processo argumentativo conduzido pela fórmula do peso. Isso ocorre quando os graus de promoção e restrição dos princípios em colisão se equivalem. Na linguagem da fórmula do peso, isso ocorre quando a fração que representa tal análise leva ao resultado 1. V. ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. op. cit., p. 606-609.

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. op. cit., p. 591.

<sup>79</sup> A fórmula do peso (*Gewichtsformel*) é a expressão de um esquema de justificação que ergue a pretensão de estruturar a argumen-

cadeias de argumentação envolvidas na consideração da confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a promoção e a restrição dos princípios em colisão (a terceira fração da fórmula). Como já dito, nessa etapa da ponderação existe uma tendência “a aumentar perigosamente os níveis de incerteza de processos decisórios reais, na medida em que a solução de uma questão jurídica pode exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência para a atribuição de predicados como ‘seguro’, ‘plausível/defensável’ ou ‘não evidentemente falso’, exatamente os parâmetros de valoração sugeridos pela fórmula para a operacionalização da fração  $S_i/S_j$ ”<sup>80</sup>. Lidar com esse risco depende do estabelecimento de regras *procedimentais* que permitam transições estáveis das incertezas da ciência para o direito ou de um modelo de *deferência*, pois, “quando isso não é feito (...) coloca-se (...) o tomador de decisão na desconfortável posição de um pretense conhecedor e mediador – quase sempre como um árbitro despreparado – de disputas não apenas jurídicas, mas também científicas”<sup>81</sup>.

No caso de revisão judicial de escolhas regulatórias baseadas em prévias AIRs, não há motivo para se desconfiar de que problemas semelhantes possam ocorrer. É verdade, antes de tudo, que AIR e proporcionalidade se diferenciam por exercerem papéis diferentes nos processos de justificação de eventuais revisões de escolhas regulatórias. Isso porque, enquanto a AIR não é desenvolvida por excelência no Poder Judiciário, que pode ser chamado a invalidá-la em razão da sua inconsistência técnica, o exame de proporcionalidade é, não raro, iniciado pelo próprio órgão jurisdicional, que pode se colocar na situação de ter que, no controle de constitucionalidade, ativamente buscar as informações técnicas para sustentar os seus juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa necessidade inspira no caso brasileiro, por exemplo, a convocação de audiências públicas para a oitiva de especialistas sobre determinado tema para compensar eventuais déficits epistêmicos dos ministros do STF<sup>82</sup>. Independentemente dessa distinção, contudo, nos dois exames os problemas centrais podem se resumir a *se* juízes devem escrutinizar as razões apresentadas em favor de uma decisão tomada por outra instituição (notadamente uma decisão regulatória) e *como* eles deveriam lidar com informações técnicas – não raro em relação de conflito – para tomar uma decisão a respeito da necessidade de manutenção ou revisão de uma escolha anterior feita pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A justificativa da centralidade dos problemas envolvendo discricionariedade epistêmica para a aproximação entre AIR e proporcionalidade, porém, exige que se dê alguns passos atrás. Pensando especificamente na realidade norte-americana do controle judicial de escolhas regulatórias, considerações sobre a AIR e a ACB que deveria operacionalizá-la são relevantes em *três* contextos distintos. No primeiro, o Judiciário é instado a se manifestar a respeito do próprio emprego de uma AIR para a edição de uma nova regulação. Isso porque regras vigentes podem obrigar a realização de uma AIR (como no caso brasileiro após a promulgação,

---

tação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. De acordo com a referida lei “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro”. Cf. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz und D. Reuter (Org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779, p. 772. A fórmula é composta por três frações que pretendem medir (i) o grau de restrição dos princípios em colisão ( $I_i/I_j$ ), (ii) a relação entre os pesos abstratos dos princípios envolvidos ( $G_i/G_j$ ) e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas sobre o que a não implementação da medida sob consideração implica para a realização e não realização dos princípios imbricados ( $S_i/S_j$ ). Cf. Alexy, Die Gewichtsformel, op. cit., p. 790. Esses fatores são avaliados por meio de uma escala triádica, de acordo com a qual os graus *leve*, *médio* e *grave* podem ser atribuídos a cada parte da fração. A expressão reduzida da fórmula, sendo  $G_{i,j}$  o peso concreto de um princípio  $P_i$  relativamente a um princípio  $P_j$ , é:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

<sup>80</sup> LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 201.

<sup>81</sup> LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 202.

<sup>82</sup> Este, na verdade, deveria ser o propósito por excelência das audiências. V. a respeito LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372.

por exemplo, da nova lei das agências), proibi-la ou serem silentes sobre a sua necessidade<sup>83</sup>. Especialmente nessas áreas cinzentas, pode ser o caso de juízes terem que se manifestar a respeito da viabilidade de uma AIR e considerar se, em razão das complexidades do tema (em análise mais *estática*, focada no problema concreto) ou após a apreciação relativa de capacidades institucionais (em análise mais *dinâmica* preocupada com variáveis institucionais), os benefícios associados à sua exigência superam os custos de empreendê-la. Neste aspecto, o que está sob discussão é a adequação de uma postura de deferência nos casos em que juízes são chamados a eventualmente invalidar escolhas regulatórias quando não é certo se o direito exige ou não a AIR em determinada situação. No limite, o que se discute é se é justificável o reconhecimento de margens de discricionariedade para que agências possam decidir arbitrariamente<sup>84</sup>. Este seria um problema de discricionariedade *estrutural* relacionado ao emprego do próprio método, algo que não se coloca como tema relevante em discussões acadêmicas ou jurisprudenciais em relação à proporcionalidade.

No segundo contexto, o Judiciário pode ser provocado a apreciar uma escolha regulatória que não se baseou nos estudos desenvolvidos pelos técnicos da própria agência reguladora. No pior cenário, pode ser que juízes tenham que apreciar a razoabilidade de uma escolha regulatória *contrária* à recomendação do seu corpo técnico. Ironicamente, o que está em jogo neste ponto, no limite, é a justificação de deferência judicial a uma decisão administrativa *não* deferente aos resultados obtidos pelo corpo técnico que desenvolveu uma AIR. Para colocar em outros termos, pode ser que o Judiciário seja chamado a recorrer a uma AIR desenvolvida na agência contra a sua própria decisão de não se basear nela<sup>85</sup>. Há, nesses casos, uma apreciação *indireta* da AIR, orientada no seu caráter persuasivo à luz das evidências apresentadas favorável ou contrariamente à escolha regulatória derrotada pela decisão política final<sup>86</sup>. Embora problema semelhante já tenha sido apreciado entre nós – ainda que centrado na apreciação da deferência, ou não, pelo Tribunal de Contas da União aos pareceres do seu próprio corpo técnico<sup>87</sup> –, nada parecido se coloca em relação à aplicação da proporcionalidade.

No terceiro caso, finalmente, juízes podem ser chamados a rever a adequação da própria AIR feita em âmbito legislativo ou executivo<sup>88</sup>. Neste plano se coloca o problema por excelência da compatibilidade entre revisão judicial e separação de poderes e, nesse dilema, o papel desempenhado por certos instrumentos metodológicos, como AIR e proporcionalidade, para justificar posturas judiciais menos deferentes a decisões de outras instituições.

Seria intuitivamente possível afirmar que o referido problema afetaria mais as relações entre proporcionalidade e separação de poderes do que entre esta e a AIR. Isso porque, como já mencionado, enquanto a proporcionalidade é quase sempre desenvolvida pela primeira vez durante o processo de revisão judicial, a AIR que é levada à apreciação judicial é com frequência produto de um processo de justificação iniciado fora do Judiciário. Uma consequência relevante deste fato que eleva os potenciais déficits de legitimidade do manejo judicial da proporcionalidade é a percepção judicial de que há menos limites para, após a realização do teste de proporcionalidade, a *substituição* da escolha legislativa ou executiva por outra<sup>89</sup>, ao passo que o efeito natural associado à invalidação de uma AIR é simplesmente o retorno ao *satus quo ante*<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 584 e ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>84</sup> .SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. *Harvard Environmental Law Review*. [s.l.], v. 41, 2017, p.3. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> >. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>85</sup> V. CECOT, Caroline; VISCUSI, W. Kip. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2014, p. 603 e ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>86</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, W. Kip. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2014, p. 603. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>87</sup> V. Jordão et al. **Os números do controle do Tribunal de Contas da União sobre as contas das agências reguladoras**. No prelo.

<sup>88</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 589 ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>89</sup> STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, [s.l.], v. 47, 2008, p. 83-85.

<sup>90</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22,

Há, no entanto, razões para desconfiar dessa hipótese. Após a análise de uma amostra de trinta e oito casos em que cortes federais dos EUA revisaram uma ACB desenvolvida por uma agência, Cecot e Viscusi concluíram que, em cerca de quarenta por cento dos casos, a corte criticou ao menos alguma parte da análise, apontando erros às vezes até de maneira agressiva<sup>91</sup>. Esse tipo de achado empírico revela como é possível juízes se sentirem à vontade para revisar, mesmo diante de uma AIR previamente realizada, juízos técnicos feitos por órgãos que, ao menos do ponto de vista do desenho institucional, deveriam ser considerados como detentores de maiores capacidades para projetar custos e efeitos de alternativas regulatórias. Por esse motivo, parece justificado por que o reconhecimento de discricionariedade epistêmica é o principal tema que aproxima tanto as revisões judiciais de prévias AIRs como as que se estruturam em torno dos exames de proporcionalidade. Assim, se fazem sentido as críticas direcionadas à proporcionalidade, nada leva a crer que as mesmas objeções possam ser levantadas à atividade judicial de crítica *interna* a uma AIR.

Nos EUA, apesar do percentual elevado de revisão apresentado, juízos e tribunais parecem cientes do problema. O padrão básico de escrutínio aplicado destina-se a apreciar se a decisão da agência é arbitrária ou caprichosa. Tal standard recomendaria deferência quando agências fossem capazes de mostrar que as suas previsões são feitas com base nas evidências técnicas e científicas disponíveis<sup>92</sup>. Isso não significa, porém, que, em certas circunstâncias, o escrutínio não seja rigoroso. Sunstein, por exemplo, argumenta que, enquanto a Suprema Corte, ainda que esporadicamente se movimenta para além de uma postura minimalista na intensidade do controle de decisões regulatórias, tenda a ser mais deferente a escolhas do Executivo, a corte de apelação do distrito de Columbia tenda a ser bem mais exigente, chegando perto de abraçar uma visão maximalista<sup>93</sup>. A análise qualitativa de Cecot e Viscusi, por sua vez, indica que há pelo menos três tipos de falhas que podem derrubar uma decisão regulatória baseada em uma ACB: quando o escopo da análise é inadequado (frequentemente associado à desconsideração pela agência de importante aspecto do problema, incluindo aqueles exigidos por lei); quando a metodologia empregada na análise ou suas suposições desafiam evidências científicas; e quando a agência não divulga as suposições ou metodologia da análise para partes interessadas<sup>94</sup>, o que pode restringir a participação ou consideração de interesses de agentes afetados, atual ou potencialmente, pela decisão regulatória.

É claro que, nesses universos, excetuado o terceiro tipo de problema, que envolve considerações procedimentais relacionadas à *transparência* da própria análise, há diversas brechas para controles substantivos mais profundos. Antes de tudo, *standards* de controle substantivos podem ser calibrados em função simplesmente de diferentes visões que juízes, legisladores e administradores possam ter a respeito dos padrões que uma boa regulação deveria observar e, em razão disso, que tipo de informação e com que qualidade elas deveriam ser produzidas e apresentadas em uma AIR<sup>95</sup>. Além disso, reduzindo o foco ao que foi enunciado, *o que é* um aspecto importante do problema ou *o que significa* desafiar evidências técnicas ou métodos considerados científicos são perguntas que podem ser respondidas de distintas maneiras. E aqui, assim como nas discussões a respeito de como “preencher” os percursos de argumentação postos pelo exame de proporcionalidade (incluídos os roteiros condensados na fórmula do peso de Alexy), há os mesmos riscos de entrada de *junk science* em processos de revisão judicial de escolhas regulatórias<sup>96</sup> e de elevação de juízes à condição de

2015, p. 606. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>91</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 589. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>92</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015p. 590. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>93</sup> SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. *Harvard Environmental Law Review*, [s.l.], v. 41, 2017, p5-6.. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> >. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>94</sup> CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 592. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

<sup>95</sup> V. a respeito das diversas visões a respeito BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>96</sup> V. HUBER, Peter. Junk Science in the Courtroom, *Valparaiso Law Review*, [s.l.], v 26, p. 723-155, 1992. Disponível em: < <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol26/iss3/4> > . Acesso em 07. Nov.2019.

árbitros despreparados de disputas científicas relacionadas a métodos e conhecimentos não propriamente jurídicos. Aparte as análises comparativas sobre virtudes e limites de juízes, legisladores, controladores e reguladores que deveriam inspirar análises sobre as capacidades institucionais *reais* de agentes públicos que podem ser chamados a decidir em espaços de indeterminação de competências<sup>97</sup>, lidar com essas dificuldades dependeria da criação e da institucionalização estável no Judiciário de critérios mais precisos – especialmente de natureza procedimental – (i) para a apreciação da qualidade das AIRs, (ii) para a definição dos erros e incertezas acomodáveis pelo direito e (iii) para a aferição das credenciais de especialistas que podem concretamente divergir.

É certo, finalmente, que juízos mais criteriosos não estão necessariamente associados a posturas judiciais ativistas. Pode ser que uma explicação possível para o excesso de revisão judicial de escolhas regulatórias em um dado arranjo institucional esteja relacionado à *baixa qualidade* das AIRs desenvolvidas<sup>98</sup>, e não necessariamente a uma inclinação generalizada de atuação mais invasiva por parte dos juízes ou à construção, pelo Judiciário, de parâmetros excessivamente exigentes para a aferição da razoabilidade de uma decisão legislativa ou executiva. Da mesma forma, invalidações frequentes orientadas na proporcionalidade podem expressar apenas a pouca atenção que legisladores e administradores dão às restrições que suas decisões implicam a direitos fundamentais. Apesar das críticas de que muito possibilitam para a expansão da subjetividade das cortes, a simples possibilidade de serem úteis para o aumento da qualidade das escolhas regulatórias torna a proporcionalidade e a AIR mecanismos úteis, em uma leitura mais otimista, para a melhoria da qualidade das decisões que podem ser levadas à revisão judicial.

## 2.2.5 Pretensão de neutralidade e politização

### 2.2.5.1 Localização dos problemas

Como antecipado, grande parte do apelo para a utilização e expansão da AIR e da proporcionalidade se extrai da associação dos procedimentos de justificação postos por cada um deles com epítetos como “racional”, “neutro”, “objetivo” e “científico”. Graças a essas relações, ambos não seriam permeáveis aos juízos políticos nem aos vieses das instituições que os desenvolve. Por esse motivo, nem a proporcionalidade nem a AIR poderiam ser instrumentalizados para a realização de preferências pessoais dos tomadores de decisão. Tampouco poderiam ser os dois afetados por erros de julgamento decorrentes de déficits cognitivos de reguladores, juízes, legisladores e controladores que deles se servem para orientar as suas decisões.

Críticos, no entanto, problematizam os potenciais dos dois instrumentos para, de fato, neutralizar vieses e impedir manipulações. Por trás das pretensões de neutralidade e racionalidade da AIR e da proporcionalidade haveria um otimismo ingênuo em relação aos potenciais, respectivamente, de *roteiros de argumentação jurídica* para orientar a justificação de juízos de valor<sup>99</sup> e da *ciência moderna* para, por meio de métodos ampla-

<sup>97</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011. Disponível em: < <https://doi.org/10.17808/des.38.184>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>98</sup> BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.269., por exemplo, afirma que, no Reino Unido, há claramente espaço para o aprimoramento da qualidade técnica da AIR. Na mesma linha, J. Hertin et al encontraram AIRs muito heterogêneas, algumas meramente protocolares, em análises de 22 procedimentos levados adiante na Dinamarca, Reino Unido, União Europeia, Holanda e Polónia. V. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. *Forest Policy and Economics*. [s.l.]. v. 11, n 5-6, out. 2009. p. 417. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019. Ellig, McLaughlin e Morrall III, olhando especificamente para a qualidade das AIRs desenvolvidas nos EUA, concluem que ela é, no geral, baixa. Cf. ELLIG, Jerry; MCLAUGHLIN, Patrick A; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, *Regulation & Governance*, v.7, p. 153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>99</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-*

mente aceitos na comunidade que os emprega, validar a produção de conhecimento objetivo<sup>100</sup>. No fundo, os problemas da proporcionalidade se reconduziriam à confiança extrema que inspira os seus pressupostos normativos de controlabilidade de disputas sobre a realização de objetivos colidentes, enquanto os problemas da AIR se localizariam nas suas raízes epistemológicas tecnicistas.

O que há de comum entre as duas críticas é, no fundo, o ataque à crença de que é possível obter conhecimento a partir de uma sequência organizada de passos capazes de anular as expectativas e preferências de quem é chamado a aplicá-los. Mas não só isso, problematizam-se igualmente os pressupostos básicos de operacionalização desses procedimentos para que se possa assumir a sua aptidão para conduzir a resultados objetivos. Eles seriam dois: o recurso a *idealizações* e a evocação de um único *decisor de referência* para a sua aplicação<sup>101</sup>, que funcionariam como pontos para a aproximação entre “um mundo perfeito” e a realidade.

De fato, tanto proporcionalidade quanto AIR compartilham esses pressupostos. Quanto à proporcionalidade, ainda que os esforços de refinamento de Robert Alexy para a compreensão da sua estrutura não o levem a cair na armadilha de criação de um algoritmo de decisão que leve a resultados únicos<sup>102</sup>, permanece, nas fronteiras da teoria, a esperança de que procedimentos sistematizados de justificação, como a fórmula do peso, sejam capazes de identificar o tipo e a forma das premissas consideradas necessárias para justificar o resultado de uma colisão de princípios de uma maneira tal que não seja, ela mesma, permeável a subjetividade<sup>103</sup>. As idealizações, por sua vez, aparecem quando se destaca o trabalho de elaboração intelectual que orienta a aplicação dos seus exames. Embora reconhecida como uma estrutura de justificação derivada da prática do tribunal constitucional federal alemão, a elaboração da sua estrutura pela teoria e a sua proposta de retornar essa “estrutura lapidada” à práxis decisória para reorientá-la, a partir de seus próprios insumos, são repletos de normatividade. Há, em cada modelo imaginado de aplicação da proporcionalidade, concepções sobre como *devem* ser definidos princípios jurídicos, sobre como *deve* se dar a intensidade de análise de cada um dos exames, sobre qual *deve* ser o referencial no qual *deve* se inspirar o processo de justificação, sobre qual *deve* ser o papel do juiz quando a aplica, sobre qual *deve* ser o papel da jurisdição constitucional orientada nos seus três exames na democracia e, no limite, sobre qual *deve* ser a melhor maneira de captar a natureza do direito<sup>104</sup>. Finalmente, a pressuposição de um decisor de referência se faz presente quando os debates sobre a sua aplicação se referem a abstrações como “o judiciário” ou “o legislador”<sup>105</sup>.

Nada muito diferente ocorre quando as atenções se voltam para a AIR. Neste universo, porém, em vez de as idealizações e as simplificações resultarem, como no caso da proporcionalidade, do excesso de normatividade que inspira a construção de diversas teorias-padrão da justificação de decisões jurídicas preocupadas com a controlabilidade de juízos de valor de decisores institucionais (como juízes, legisladores e administradores), os problemas derivam de perspectiva epistemológica considerada útil para aprimorar decisões políticas. Também chamada de *positivista* – embora distante do que se possa chamar de positivismo jurídico<sup>106</sup>

**Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

<sup>100</sup> HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009, p. 414. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019. SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 450. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>101</sup> HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, v. 11, n. 5-6, 2009, p.414. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>102</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n. 4, 2003, p. 448.

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP**. [s.l.], v. 95, n.2, p.151-166, 2009.

<sup>105</sup> V., por exemplo, ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], vol. 16, n4, 2003, p 443. Para uma crítica v. VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, [s.l.], v. 14, 2004.

<sup>106</sup> GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **Am. J. Juris.**, [s.l.], v. 46, p. 199-227, 2001.

–, essa perspectiva se sustenta sobre a possibilidade de obtenção de conhecimento sobre a realidade sem a influência de juízos de valor. Esse conhecimento, considerado objetivo, retiraria as suas credenciais da possibilidade de sua validação *científica*, o que significa basicamente torná-lo produto da aplicação de uma metodologia sólida voltada para a *descoberta* da realidade. Essa metodologia se deixa captar basicamente por meio de um processo linear organizado em torno de passos analíticos que espelham as fases de um processo de solução de problemas<sup>107</sup>. É o rigor metodológico que garante o distanciamento do pesquisador, a replicabilidade do estudo e, portanto, a confiabilidade de testes de hipóteses ou esforços de falsificação de explicações sobre como o mundo é ou funciona. Assim, esse positivismo científico “sustenta a separação de fatos e valores porque a acumulação do conhecimento deve ocorrer independentemente das preferências e expectativas do pesquisador”<sup>108</sup>. Além disso, esse modelo esquemático de obtenção e validação de conhecimento empírico se constrói também sobre idealizações. Ele, por um lado, assume que a racionalidade de um processo pode ser determinada relativamente ao modo como decisões teriam sido tomadas em um mundo perfeito e, por outro, remete as suas recomendações a um agente unitário de referência, como “o pesquisador”, “o expert”, “o cientista” ou “o técnico”<sup>109</sup>.

Sobre essas bases, a AIR traria ao processo de justificação de escolhas regulatórias ares de objetividade naquilo que se mostra o principal problema de análises consequencialistas: a aferição da qualidade das prognoses que moldam a dimensão positiva do raciocínio. Se uma AIR depende da antecipação dos efeitos no mundo esperados de diferentes alternativas de decisão (sejam eles medidos em termos de custos e benefícios ou não), a ciência se apresenta naturalmente como a mais promissora candidata para orientar essa tarefa. A sua capacidade de sustentar escolhas políticas sobre métodos alegadamente neutros e reconhecidamente robustos entre os participantes da comunidade dentro da qual são empregados para se obter conhecimento sobre a realidade funcionaria como uma blindagem contra potenciais objeções de subjetividade e arbitrariedade dos resultados dessas decisões. A fé na ciência se converte, assim, em otimismo exagerado em relação aos potenciais da AIR de levar a decisões que promovam, da melhor maneira possível, objetivos sociais relevantes, como bem-estar. A presunção de tecnicidade e racionalidade de escolhas públicas seria, no fundo, uma maneira de lidar com os seus eventuais déficits de *legitimidade*.

A mesma história se aplica à proporcionalidade. Seu rápido avanço se justifica prioritariamente sobre a sua aptidão para conduzir, de forma metodologicamente organizada, processos de decisão que envolvem objetivos jurídicos importantes em relação de conflito. Na versão provavelmente mais extrema dessa pretensão, Alexy afirma semelhanças estruturais entre a subsunção, governada pela lógica, e a ponderação, governada pela aritmética, como se fosse possível chegar perto da confecção de uma “lógica dos juízos de valor”<sup>110</sup>. É a crença de que o método é capaz de garantir racionalidade aos resultados de problemas concretos dessa natureza, mantendo decisões, sobretudo judiciais, sob controle crítico, que (i) inspira o investimento dos seus defensores em aprimoramentos constantes e (ii) suporta a crítica de mau uso por tomadores reais de decisão em resposta a alegações de supostos déficits estruturais. Assim como a AIR, a

<sup>107</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo and PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, 2009, p. 415.

<sup>108</sup> SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Havard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 439. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>109</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo and PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, 2009, p. 414. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n 4, 2003, p. 448. Para Alexy, apesar de diferenças importantes entre ponderação e subsunção, ambos se aproximariam por funcionarem a partir de um conjunto identificado de premissas a partir dos quais resultados podem ser inferidos. Sobre os problemas com essa aproximação v. SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316. Sobre uma possível resposta às críticas, v. LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 177-209, 2014.

proporcionalidade garantiria a maior neutralidade possível para decisões que buscam harmonizar objetivos em tensão – incluindo aquelas que implicam a invalidação ou até a substituição de uma escolha de outro poder –, o que também lhe tornaria peça central para lidar com dilemas de legitimidade em regimes políticos organizados em torno de um ideal de separação de poderes. Não é por outra razão que a proporcionalidade já foi caracterizada como “*the ultimate rule of law*”<sup>111</sup>. Esse apelo à neutralização, ainda que parcial, de juízos de valor se torna mais forte, finalmente, quando os exames de adequação e de necessidade e as variáveis da fórmula do peso (notadamente a fração  $S_i/S_j$ , que diz respeito à confiabilidade das premissas empíricas que fundamentam a promoção e a restrição dos princípios colidentes) incorporam opiniões de especialistas e de conhecimentos validados pela ciência. Nesse momento, os potenciais de roteiros de argumentação para contribuir para a objetividade de juízos de valor são complementados pela confiança depositada na ciência para fornecer conhecimento também pretensamente objetivo sobre o mundo.

Todo o discurso desenvolvido para justificar a neutralização da influência de preferências pessoais sobre o manejo da AIR e da proporcionalidade, contudo, não se mostra suficientemente convincente para eliminar críticas de *politização* desses instrumentos. A crítica compartilhada é facilmente perceptível quando se localiza em obras diferentes recursos à mesma metáfora do “cavalo de Troia” para sustentar como, na prática, as pretensões de objetividade dos dois métodos são facilmente apropriadas para escamotear atitudes conscientes de instrumentalização por parte dos decisores que deles se servem<sup>112</sup>. Assim, em vez de funcionarem como *limites* para escolhas de agentes públicos, eles se tornariam, em razão de sua aptidão para garantir uma roupagem de racionalidade para praticamente qualquer decisão, mecanismos de elevado potencial para possibilitar a opção por preferências políticas e para justificar expansão de poder. Desvirtuados pela instrumentalização, eles, por um lado, favoreceriam posturas ativistas de juízes<sup>113</sup> e controladores, enquanto, por outro, legitimariam escolhas arbitrárias de legisladores e reguladores.

### 2.2.5.2 Justificando as críticas

As bases para as críticas de politização nos dois casos estariam (i) na *falta de acurácia* suficiente para aferir eficiência (no caso da AIR) ou otimização (para a proporcionalidade) e (ii) na permeabilidade a *vieses* dos seus aplicadores pelo fato de a operacionalização dos seus percursos de justificação depender de inferências e pressupostos maleáveis<sup>114</sup>.

Em relação à AIR, estudos empíricos revelam que custos e benefícios são parcamente estimados nas análises desenvolvidas nos EUA, assim como evidenciam o uso limitado de ferramentas sofisticadas de avaliação de impacto em países europeus<sup>115</sup>. É claro que esse diagnóstico pode ser produto de um mau uso do instrumento de análise, e não uma consequência decorrente de um problema estrutural. Sem embargo, a simples possibilidade de uma AIR poder ser desenvolvida abaixo dos padrões fixados nos *guidelines*<sup>116</sup> já sugere a sua fraqueza para, de fato, conduzir, com a racionalidade e a neutralidade esperadas, processos reais de decisão regulatória. Nada obstante, limites mais profundos para a realização, com a qualidade esperada,

<sup>111</sup> BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

<sup>112</sup> V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. [s.l.], Cambridge University Press, 2017 p.5. V. também: SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>113</sup> Esse seria, por excelência, o caso da proporcionalidade. V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: CUP, 2017, p.5-6, com indicações de críticas aos potenciais da proporcionalidade para legitimar ativismo judicial na Alemanha, na África do Sul e no Canadá.

<sup>114</sup> SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>115</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.289.

<sup>116</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 290.

das análises de custo-benefício que orientam as AIRs nos EUA estão associados (i) à capacidade e à precisão de teorias disponíveis *quantificarem* monetariamente riscos e benefícios regulatórios<sup>117</sup> e (ii) de essa *monetização* superar, em casos mais complexos, possíveis problemas de *comensurabilidade* entre bens que podem ser promovidos ou restringidos por meio de uma escolha regulatória<sup>118</sup>. Na Europa, em que outros objetivos para além da eficiência são considerados para a justificação de uma escolha regulatória, debates sobre incomensurabilidade podem ganhar um significado ainda maior.

Problemas de incomensurabilidade e limites anunciados para captar com rigor todas as variáveis relevantes que possam afetar um processo de otimização de princípios em colisão também aparecem quando a racionalidade da proporcionalidade é colocada em xeque. Críticos, em relação ao primeiro problema, sustentam que, apesar de a operacionalização adequada da proporcionalidade pressupor a comensurabilidade ou a possibilidade de comparação de valores como liberdade de expressão e privacidade, sua estrutura é *insuficiente* para permitir uma apreciação não arbitrária de graus de promoção e restrição desses objetivos<sup>119</sup>. Sendo assim, a ponderação de princípios envolveria fundamentalmente a priorização das preferências dos tomadores de decisão que a ela recorrem<sup>120</sup>. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade não seria apta para organizar racionalmente processos de justificação por ser incapaz de determinar resultados de análises funcionalistas e limitar as margens de subjetividade dos seus aplicadores. Restaria, por conseguinte, apenas caracterizá-la como decisionista<sup>121</sup> ou uma “varinha mágica” capaz de produzir pseudoconsensos<sup>122</sup>. Como se percebe facilmente, o cerne da crítica é o mesmo das objeções apresentadas direcionadas à AIR: a denúncia da incapacidade de ambos funcionarem como mecanismos neutros capazes de produzir resultados objetivos ou científicos.

Quanto à influência de vieses, é possível localizá-la basicamente em dois momentos quando o foco recai sobre a AIR: (i) no enquadramento do problema regulatório e (ii) no seu papel para neutralizar inclinações naturais de atores políticos. Na primeira dimensão, o resultado do desenvolvimento de uma AIR pode ser afetado pelo modo como o decisor define o problema regulatório, indica as alternativas de decisão e seleciona os tipos relevantes de impacto, os métodos de avaliação (o que pode orientar a AIR para análises mais quantitativas ou qualitativas) e as escalas temporais para a identificação das consequências a serem apreciadas<sup>123</sup>. Essas são escolhas *anteriores* à própria AIR que podem decorrer de preferências políticas do analista, mas que não conseguem ser por ela controladas<sup>124</sup>. O risco, por isso, como ressaltam Radaelli e de Francesco, está na utilização da AIR para a promoção “das agendas políticas ocultas de reguladores por trás de um falso verniz de objetividade”<sup>125</sup>. Na segunda dimensão, o problema se localiza na incapacidade de a

<sup>117</sup> SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 453 ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>118</sup> Sobre o assunto v. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 419. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>119</sup> V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**, [s.l.], Cambridge University Press, 2017 p. 9, 39 e ss. JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.164. Em resposta a essa tradicional objeção à teoria dos princípios v. SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

<sup>120</sup> A fórmula do peso e as escalas que a operacionalizam são produtos de esforços de Alexy para sustentar, no mínimo, a possibilidade de comparação de princípios colidentes.

<sup>121</sup> SCHLINK, Bernhard. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Festschrift, v. 50, 2001, p. 460.

<sup>122</sup> LEISNER, Walter. **Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat**. NJW, v. 10, 1997, p. 6.

<sup>123</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>124</sup> SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 457. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>125</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.291.

AIR, por si só, impedir que instâncias revisoras inclinadas politicamente a enfraquecer as recomendações de órgãos reguladores (ou a reforça-las) atuem de maneira neutra. O primeiro caso, por exemplo, parece ser o da OMB nos EUA<sup>126</sup>.

Críticos da proporcionalidade chegam, por caminhos diferentes, a resultados semelhantes. A identificação das circunstâncias concretas que preenchem o âmbito de incidência da regra da proporcionalidade também depende da superação de uma série de perguntas cujas respostas podem evidenciar preferências teóricas e políticas capazes de interferir decisivamente no resultado da disputa jurídica que exige a sua aplicação. As mais importantes dessas perguntas envolvem a identificação (i) do que é um princípio jurídico, (ii) de se, em um caso concreto, princípios, de fato, colidem e (iii) de quando princípios estão em uma relação de concorrência. E as respostas para as três perguntas podem ser controvertidas. No caso das duas últimas existe ceticismo a respeito da própria capacidade de a teoria dos princípios de Alexy, considerada o produto mais elaborado de uma agenda intelectual preocupada com o refinamento da estrutura e do modo de aplicação dessas normas, fornecer essas respostas<sup>127</sup>. Quanto aos vieses, eles decorreriam naturalmente do reconhecimento de que juízes podem ser agentes políticos cujas preferências inclinam suas decisões para determinados sentidos quando seus interesses estão em jogo<sup>128</sup>. Isso passa, inclusive, pela própria seleção dos princípios em colisão. Recorrer a princípios mais importantes, como a dignidade humana, e não a um dos seus corolários, pode naturalmente inclinar os pratos da balança para um determinado resultado. Dada, ademais, a impossibilidade de a proporcionalidade satisfazer na realidade elevadas aspirações de neutralidade e objetividade, ela não conseguiria impedir a sua própria manipulação para a justificação de resultados que, no fundo, expressariam nada mais do que as visões políticas dos seus aplicadores.

Em qualquer um dos casos, as críticas denunciam uma assimetria entre, de um lado, as pretensões construídas a partir dos pressupostos normativos e científicos das teorias jurídicas e da perspectiva epistemológica que informam a melhor versão possível, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR e, de outro, a permeabilidade de ambas à politização. Se esse é um problema digno de ser enfrentado, é porque, por trás das objeções formuladas, existe uma alegada incapacidade dos dois instrumentos para conduzir processos decisórios *reais* em razão dos seus excessos de *idealização*. A principal consequência dessa constatação está na possibilidade de construção de críticas em sentidos *opostos* aos potenciais da AIR e da proporcionalidade para realizarem efetivamente as suas promessas de redução da discricionariedade decisória de agentes públicos. Como visto neste tópico, por um lado, excesso de idealização pode sugerir *carência* de racionalidade. No entanto, nada impede que, por outro lado, também se possa criticar as vocações reais de métodos exigentes como expressões de delírios racionalistas. Nesse quadro, posicionar a proporcionalidade e a AIR entre os extremos da irracionalidade e da soberracionalidade é central para que se possa definir o seu papel *possível* para a condução de processos decisórios de formação e revisão de escolhas regulatórias. Isso nos conduz ao último cenário de exploração das distinções e aproximações específicas entre as duas metodologias de justificação.

## 2.2.6 Operacionalização e idealização: como escapar de objeções de soberracionalidade?

Como já sustentado, as críticas mais severas que podem ser direcionadas à utilidade esperada da proporcionalidade apontam para as suas aspirações hiper-racionalistas, reveladas nas suas pretensões de aproximar o real do ideal em um mundo repleto de limitações<sup>129</sup>. O cerne da objeção parte do reconhecimento de

<sup>126</sup> RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 451.

<sup>127</sup> JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 159-160.

<sup>128</sup> PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: CUP, 2017, p. 155.

<sup>129</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-**

que as objeções de sub-racionalidade não atingem o alvo quando uma teoria dos princípios que investe em metodologias de decisão como a proporcionalidade e a fórmula do peso é colocada em evidência. Quando se considera a aptidão desses mecanismos para (i) “tornar os juízos de valor efetuados por tomadores de decisão nos procedimentos de ponderação mais claros, organizados, transparentes e compreensíveis” (ainda que não plenamente objetivos), (ii) controlar a discricionariedade do tomador de decisão por meio de cadeias estruturadas de argumentação capazes de, pelo menos, excluir certos resultados como possíveis<sup>130</sup> e quando (iii) os mesmos sentidos de qualificadores como “certo”, “objetivo” e “racional” são aplicados tanto à proporcionalidade e seus refinamentos como a outros candidatos que almejam orientar a decisão jurídica – impedindo, desse modo, falácias comparativas –, o resultado que se obtém é o de constatação de ser possível atribuir, mesmo em um sentido mais fraco, *racionalidade* à ponderação. Além disso, é igualmente possível sustentar que os instrumentos metodológicos desenvolvidos para orientá-la, quando comparados com outras alternativas, não são menos racionais do que os seus concorrentes<sup>131</sup>, “que estão longe da certeza matemática e da certeza verificável”<sup>132</sup>.

Se, portanto, a objeção da irracionalidade pode ser combatida, resta apreciar se o que a proporcionalidade é capaz de oferecer não cria condições para uma percepção equivocada de ser ela muito mais racional do que outros candidatos. Nesse cenário, o risco maior está na perda da consciência dos limites efetivos de um instrumento de justificação para conduzir processos decisórios reais. Quando isso ocorre, o que poderia funcionar como mecanismo limitadamente racional de justificação pode se transmutar em uma fonte incalculável de incerteza. Esse paradoxo ocorre exatamente quando a crença ilusória na onipotência da proporcionalidade para produzir resultados racionais leva ao seu uso indiscriminado, mesmo quando desnecessário, com a consequente desconsideração dos custos de decisão e de erro associados à sua operacionalização<sup>133</sup>.

### 2.2.6.1 Os fundamentos da crítica

As causas para esse fenômeno estariam associadas essencialmente a dois problemas: (i) as afirmadas aproximações estruturais entre subsunção e ponderação e (ii) o possível caráter excessivamente exigente, do ponto de vista epistêmico, das variáveis da fórmula do peso. No primeiro aspecto, a afirmação de que tanto ponderação como subsunção são esquemas de decisão que se organizam em torno de premissas que levam a uma conclusão (ainda que, como já dito, a primeira seja governada pela lógica e a segunda pela aritmética<sup>134</sup>), pode levar à crença de que ambos são igualmente racionais, a ponto de não ser um problema transitar livremente de um modelo de justificação para o outro. Com isso, o que está em jogo é a capacidade de regras, notadamente por suas referências textuais, serem capazes de, por si sós, guiarem o comportamento dos seus destinatários<sup>135</sup>. Assumida a proximidade estrutural e níveis similares de racionalidade dos resultados da ponderação e da subsunção, haveria incentivos para um *particularismo* endêmico na prática decisória, *i.e.* para a consideração constante de todas as circunstâncias relevantes de cada caso para a justificação de uma decisão, e não apenas daquelas selecionadas previamente por uma regra aplicável no caso. Isso porque, assumida a proximidade estrutural, parece difícil justificar como uma teoria dos princípios que sublinha mais as seme-

---

**Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014 e SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316.

<sup>130</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p. 185.

<sup>131</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p. 185.

<sup>132</sup> SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 309.

<sup>133</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p.186.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n. 4, 2003, p. 448.

<sup>135</sup> SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 312.

lhanças do que as diferenças entre os dois esquemas formais de justificação seria capaz de tornar as razões fornecidas por regras *suficientes* para a decisão, e não o resultado de um teste holístico de sua adequação para promover o melhor resultado para o caso concreto<sup>136</sup>.

No segundo aspecto, os problemas se localizam na pressuposição de que decisores reais terão as mesmas condições de decisores ideais para obter e processar todas as informações necessárias para operacionalizar as variáveis da fórmula do peso. Isso significa duvidar da capacidade de agentes que decidem sob condições de *racionalidade limitada* serem efetivamente capazes de sustentar de maneira não arbitrária valorações sobre a intensidade das restrições aos princípios envolvidos, sobre o peso abstrato de cada uma delas e, especialmente, sobre a confiabilidade das premissas empíricas que podem sustentar a promoção e a restrição dos princípios colidentes<sup>137</sup>.

Assim como sustentado nas seções anteriores, parece também não haver razões aqui para duvidar da aplicabilidade à AIR de algumas das críticas direcionadas à proporcionalidade, notadamente as que dizem respeito ao otimismo excessivo sobre (i) a possibilidade efetiva de obtenção dos conhecimentos necessários para a sua operacionalização e (ii) a capacidade de reguladores de carne e osso processá-los adequadamente. Dessa forma, dependendo do modo como se constrói uma confiança ingênua em torno da sua utilidade para produzir resultados quase ideais, mais existe a possibilidade de a AIR ser compreendida como super-racional e, exatamente por isso, reduzir a consciência dos seus limites entre os seus aplicadores e possíveis revisores. Num mundo real, os seus limites são, sobretudo, os limites da ciência, apropriada em uma concepção tecnicista e racionalista, para (i) antecipar, com precisão, efeitos que serão produzidos por alternativas regulatórias e para, de fato, (ii) captar em seus modelos toda a complexidade e contingência que podem estar envolvidas em processos reais de tomada de decisão. Se modelos são simplificações da realidade construídos, quando erguem a pretensão também de orientar a decisão de agentes racionais, em torno de alguns pressupostos sobre como o mundo deveria funcionar, é questionável se a AIR, com a sua fé na ciência moderna e recurso a idealizações, pode ser útil, no mínimo, para trazer algum grau de objetividade para informar políticas regulatórias mais complexas. Negligenciar essa possibilidade significa aproximar-se da armadilha da sobre-racionalidade.

Hertin et al. apresentam cinco razões para sustentar por que a capacidade de a AIR conduzir decisões regulatórias a resultados ideais pode se tornar, na prática, uma ilusão. Todas elas, ao meu ver, são facilmente transportáveis para a proporcionalidade. A primeira é a ilusão da *linearidade*. O risco de excesso de racionalidade, neste caso, está na pressuposição pelos esquemas tradicionais de AIR de que problemas regulatórios já podem ser formulados, desde o início, da melhor maneira e solucionados a partir de uma sequência de passos organizados em etapas que se sucedem linearmente. Nessa perspectiva, sublima-se o fato de que problemas e objetivos reais costumam ser continuamente alterados, redefinidos e reinterpretados<sup>138</sup>.

A segunda ilusão é, como já explorado, a de que as análises podem ser *neutras* e *objetivas*. Para os autores, “a expectativa de que a AIR oferece um quadro confiável, objetivo e compreensivo dos potenciais impactos de uma política planejada é claramente não realista. A abordagem holística – tal qual formulada em muitos *guidelines* – para estimar todos os efeitos pretendidos e indesejáveis e os efeitos colaterais está bem distante das possibilidades da AIR na prática”<sup>139</sup>. O fundamento para tanto está na simples necessidade de levar a

<sup>136</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, 2014, p. 189-196.

<sup>137</sup> LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, 2014, p. 197-203.

<sup>138</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l], v. 11, n 5-6, 2009, p. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>139</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l], v. 11, n 5-6, 2009, p. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

sério a *assimetria* entre o presente futuro e o futuro presente que afeta a dimensão positiva de raciocínios consequencialistas<sup>140</sup>. Não negligenciar significa reconhecer que identificar os efeitos futuros de alternativas regulatórias pode envolver incertezas, incompletudes e simplificações que só serão efetivamente apreensíveis *ex post*.

Em terceiro lugar, o perigo de aproximar a AIR de um modelo super-racional de decisão decorre da sua construção em torno da figura de um único *decisor ideal*. A fuga dessa idealização legítima a abertura de processos de justificação normativamente construídos como a AIR e a proporcionalidade à *participação* de atores relevantes nos processos de formação da vontade regulatória e revisão de escolhas de outras instituições<sup>141</sup>. Grupos de interesse, partidos políticos, representantes da sociedade civil e especialistas devem ser capazes de apresentar os seus pontos de vista sobre a avaliação do impacto de alternativas regulatórias ou de proporcionalidade de escolhas públicas. Restringir o espaço de participação em nome da pressuposição de que o decisor é capaz, isoladamente, de ter acesso e considerar todos os interesses e opiniões relevantes para a tomada da decisão mais adequada é reconduzir a instrumentos de metodologia pretensões de hiper-racionalidade.

O quarto motivo para sustentar as distorções entre as condições ideais pressupostas para a operacionalização da AIR e as limitadas condições da realidade está na ilusão do *fechamento analítico*. O ponto de localização do excesso de racionalidade neste caso está na crença de que a conclusão de uma AIR já leva à *melhor opção* para lidar com certo desafio que pode exigir respostas regulatórias, e não que, durante o tempo, novos efeitos (positivos ou negativos) da decisão privilegiada podem ser localizados, problemas de incomensurabilidade decorrentes da necessidade de valoração dos estados do mundo produzidos por novas informações podem emergir e novos interesses devam ser considerados<sup>142</sup>. A AIR não pode ser vista como um instrumento que se encaixa em um processo decisório que se inicia e se conclui com a declaração de um corpo técnico que marca o seu fechamento. Ao contrário, ela deve ser encarada como um *processo*, abrindo-se para *monitoramento* frequente dos resultados que inicialmente sustenta e permitindo *revisões* das alternativas privilegiadas, que podem, no limite, ser até mesmo extintas por aferição, no tempo, de sua inadequação.

O quinto e último motivo para sustentar pretensões hiper-racionalistas está na ilusão de que o conhecimento relevante para o seu desenvolvimento está exclusivamente nas mãos de *especialistas*<sup>143</sup>. O que se coloca em xeque é o pressuposto de que *experts* detêm em seus laboratórios o monopólio do conhecimento necessário para a tomada da melhor decisão regulatória para promover objetivos como eficiência ou desenvolvimento. Se não se deve descartar a utilidade do conhecimento científico para o alcance das melhores respostas para problemas regulatórios, é também importante notar, como J. Hertin et al afirmam, que a experiência de jurisdições europeias (especialmente do Reino Unido) que garantem a *stakeholders* um papel mais proeminente nas AIRs revela como o conhecimento de atores engajados em práticas regulatórias pode ser também importante para determinar a magnitude de efeitos de alternativas decisórias, tornar reguladores conscientes das consequências indesejáveis de suas possíveis escolhas e auxiliar na criação de normas e no desenvolvimento de procedimentos efetivamente aplicáveis<sup>144</sup>. Assim como no problema do “único decisor

<sup>140</sup> V. LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 28.

<sup>141</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>142</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 419. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>143</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 419. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>144</sup> HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n 5-6, 2009, p. 419. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

ideal”, a permeabilidade da AIR à incorporação de pontos de vista não estritamente técnicos é considerada necessária para reduzir possíveis pretensões hiperracionalistas, as quais, na prática, podem produzir estados de coisas bem distantes do *second best* imaginado por aqueles que insistem na aproximação entre real e ideal.

Antes de funcionarem como fundamento para o descarte de ferramentas metodológicas inspiradas em ideais como a AIR e a proporcionalidade, as cinco razões apresentadas deveriam funcionar como alertas para impedir o seu emprego *disfuncional* por reguladores e controladores. Superestimar as capacidades desses instrumentos para racionalizar processos decisórios reais pode levar à crença equivocada de um legislador ou administrador que tudo conhece ou de um juiz que tudo pode.

### 2.2.6.2 Revisões baseadas em erros só aferíveis ex post como problema especial

A mais importante implicação da necessidade de se levar a sério os limites apresentados está na sua aptidão para problematizar a capacidade plena de os pressupostos subjacentes à AIR e à proporcionalidade informarem uma teoria completa sobre o *erro*. Isso porque, quanto mais o potencial crítico desses instrumentos se inspira em idealizações, menor é o seu potencial para sustentar uma falha decisória com base em problemas que, exatamente pelos limites do real para a implementação do ideal, só podem ser aferíveis *ex post*. Esse parece ser o problema por excelência quando se discute a utilidade da AIR e da proporcionalidade para orientarem processos de tomada de decisão sob *condições de ignorância*. Em linguagem de teoria da decisão, esse é o caso quando não se consegue determinar as consequências associadas às alternativas de decisão ou, pelo menos, estimar a probabilidade de sua ocorrência<sup>145</sup>. Em outras palavras, existe ignorância quando não é possível antecipar o que pode acontecer na realidade se determinado curso de ação for privilegiado no presente ou, mesmo quando possíveis estados do mundo podem ser previstos, não é possível quantificar ou mensurar a incerteza de sua verificação. A ignorância, assim, pode dizer respeito tanto aos fatos futuros como à sua estimativa. Nesses cenários, como se percebe facilmente, AIR e proporcionalidade não conseguem, por definição, conduzir tomadores reais de decisão a respostas seguras sobre a adequação do emprego de certos meios para a produção de certos efeitos. A escolha institucional que delas se segue, nesses casos, envolve alguma dimensão de aposta. Por isso, a percepção dos potenciais reais dos dois instrumentos de justificação deve ser capaz de acomodar os seus limites nesses casos extremos. E isso vale tanto para os seus operadores iniciais, como para os seus revisores. O risco, notadamente no caso de revisão, é o de se invalidar decisões ou atribuir consequências jurídicas perversas a decisores cujas escolhas só se mostraram efetivamente erradas *depois* que foram tomadas e graças a dados e pontos de vista que, no momento da decisão, (i) ou não estavam disponíveis, (ii) ou só poderiam ser obtidos a custos proibitivos, ou (iii) não poderiam ser conhecidos por decisores no exercício diligente de sua atuação<sup>146</sup>.

Isso não quer dizer evidentemente que tanto a AIR como a proporcionalidade não possam indicar erros na obtenção e no processamento das informações disponíveis para a justificação de uma decisão ou revelar problemas nas valorações de quem as aplica. Tampouco os problemas apontados sugerem a sua inutilidade mesmo em processos de tomada de decisão sob condições de ignorância. Neste caso, ambos servem, no mínimo, para justificar, com base no conhecimento atual, por que, de fato, o problema de decisão que pretendem conduzir não se dá sob condições de certeza ou risco. Reconhecer a sua importância, no entanto, não significa assumir que AIR e proporcionalidade conduzirão a resultados que possam ser considerados, no momento presente da decisão, definitivamente corretos. Como visto, afastar essa pretensão de hiperracionalidade é o que justifica a necessidade de abertura desses procedimentos (notadamente da AIR) para a *participação* da sociedade e para o *monitoramento* constante das escolhas neles sustentados. Além disso, reconhecer

org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>. Acesso em 07.nov.2019.

<sup>145</sup> RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1987, cap. 2, p. 21-44.

<sup>146</sup> Essa é a linguagem usada pelo Decreto 9.830/19 nos artigos 3º, § 2º, e 4º, § 1º, para se referir ao que se espera de considerações consequencialistas de decisores nas esferas administrativa, controladora e judicial, tal qual previsto no artigo 20 da LINDB, que ele regulamenta.

os limites específicos de uma AIR pode ser útil para se manter os olhos de reguladores permanentemente abertos para o fato de que uma regulação sensível a riscos – especialmente na tomada de decisão sob condições de ignorância – pode significar simplesmente *menos* regulação<sup>147</sup>. Não regular é uma opção que está sempre presente no conjunto finito de alternativas regulatórias submetidas a uma avaliação de risco, mas que acaba sendo, às vezes por vieses políticos, às vezes simplesmente pela ênfase exagerada nos seus potenciais de racionalidade, sendo subestimada. Finalmente, assumida a impossibilidade de nem sempre fazer sentido um *controle substantivo ex post* dos seus resultados, escapar de uma realidade em que o contraldor se compreende como onipotente depende do investimento em parâmetros sobretudo *procedimentais* para a revisão de escolhas de outros poderes, especialmente nos casos em que, seja pelo desenho institucional em si, seja por análises empíricas aplicadas a um arranjo institucional específico<sup>148</sup>, for possível presumir ou aferir maior capacidade institucional dos órgãos reguladores relativamente aos seus eventuais revisores.

Ironicamente, o reconhecimento de que a complexidade real não pode ser completamente captada pela AIR e pela proporcionalidade, o que costuma forçar a sua abertura para a incorporação de outros interesses e perspectivas de análise, em vez de contribuir para ampliar a sua racionalidade, pode apenas aprofundar os seus limites. Maior participação, abertura para a consideração de outros objetivos relevantes que podem ser promovidos ou restringidos por escolhas institucionais e maior permeabilidade a metodologias complementares para a sua operacionalização real impõem a necessidade de obtenção de mais informações, de capacidades heróicas para o seu processamento e de ampliação dos efeitos de juízos de valor sobre os seus resultados<sup>149</sup>. Assim, para além dos dilemas das estruturais normais associadas à AIR e à proporcionalidade, existe o risco de os antídotos pensados para lidar com as suas patologias reais reduzirem ainda mais a sua importância para a realização de suas vocações metodológicas.

Escapar, portanto, das objeções de hiperracionalidade passa, no fundo, por entender a AIR e a proporcionalidade prioritariamente como instrumentos úteis para indicar as etapas importantes pelas quais escolhas públicas devem passar. Como já disse em outro lugar, instrumentos metodológicos como a proporcionalidade, especialmente porque almejam conduzir processos decisórios orientados para o futuro, devem ser celebrados mais pela sua aptidão para colocar boas perguntas do que pela sua funcionalidade para determinar respostas. E nada impede, mais uma vez, que o mesmo se diga da AIR. Essa visão, na verdade, parece ser compartilhada, por exemplo, por Baldwin, quando este afirma que as análises de impacto regulatório “são destinadas a informar a tomada de decisão, e não determinar decisões ou substituir a *accountability* política”<sup>150</sup>.

### 3 Considerações finais

Se bem sucedido, o esforço de justificação das semelhanças e dos problemas estruturais compartilhados pela proporcionalidade e pela análise de impacto regulatório se revela útil para o nosso país em pelo menos dois sentidos mais gerais. Em primeiro lugar, esse empreendimento reforça os potenciais de instrumentos de justificação para orientar processos decisórios reais e conduzi-los a resultados que possam ser considerados minimamente racionais. No caso brasileiro, em que a análise de impacto regulatório se expande em um

<sup>147</sup> BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010 p. 268.

<sup>148</sup> V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003 e ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 38, 2011.

<sup>149</sup> Especificamente sobre os problemas de combinações de perspectivas regulatórias na AIR e os riscos de uma AIR ainda mais exigente, v. BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**, op. cit., p. 265.

<sup>150</sup> BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.), **The Oxford handbook of regulation**, op. cit., p. 264.

contexto em que a proporcionalidade já é amplamente conhecida e, ao menos nominalmente, utilizada, esse esforço serve tanto para não nos fazer esquecer que a realização das vocações metodológicas da proporcionalidade depende da observância do roteiro de argumentação que ela condensa, como para incentivar a melhor organização possível da AIR em nossa realidade. Em segundo lugar, contudo, levar a sério as aproximações entre os dois instrumentos de justificação deve funcionar como um alerta para que a AIR que se pretende ver disseminada em um futuro breve não reproduza no país os problemas já constatados em outras jurisdições e, considerando a nossa experiência institucional, não se esvazie e acabe se tornando o que hoje é a proporcionalidade.

Proporcionalidade e AIR se aproximam como ferramentas metodológicas destinadas a organizar raciocínios prospectivos no direito. Isso, como explorado, embora não as sobreponha completamente, possibilita a localização de dilemas comuns. A possibilidade de operacionalização a partir de juízos confiáveis de prognose, a controlabilidade das valorações dos efeitos de alternativas decisórias que ambas pressupõem, a sua compatibilidade com modelos de deferência (sobretudo judicial), o risco de instrumentalização para a sustentação de interesses exclusivamente políticos e os perigos de uma compreensão hiperracionalista dos seus potenciais reais a partir de um otimismo exagerado a respeito das bases argumentativas e epistemológicas em torno dos quais ambas são concebidas são, como visto, apenas alguns exemplos. Ter consciência de que tanto as agendas acadêmicas sobre a proporcionalidade como o desenvolvimento da prática decisória em torno dela contribuíram para naturalizar todos ou a maior parte desses dilemas mostra-se importante para que a incorporação da AIR na realidade regulatória nacional não se limite à importação acrítica de mais um *slogan*.

Além disso, evitar esse efeito perverso sublinha a importância, em um sentido mais específico da utilidade dos esforços de aproximação entre os dois exames, de não se desconsiderar que as soluções encontradas na academia e na prática institucional para lidar com os problemas vivenciados pela operacionalização real de uma estrutura de justificação podem inspirar o desenvolvimento de respostas para enfrentar desafios que afetam a outra. A abertura à participação, a incorporação de novos objetivos a serem considerados nas análises, a definição de critérios procedimentais para a justificação de decisões sob condições de ignorância e a busca por outros meios de obtenção de conhecimento e de validação da sua produção são, também como visto, possíveis insumos para aprendizado institucional na aplicação da AIR entre nós. Em um direito administrativo inclinado pragmaticamente, se parece inevitável que a AIR terá um papel fundamental para a justificação de escolhas regulatórias, é preciso, pensando também pragmaticamente, antecipar e, assim, evitar efeitos perversos relacionados à sua ampla aplicação. Para esse propósito, o abismo existente entre a sofisticação teórica por trás da proporcionalidade e a sua desparametrizada aplicação no país é o melhor referencial para o desenvolvimento de reflexões sobre a recepção adequada dessa nova ferramenta para lidar com os desafios de uma Administração Pública que precisa justificar as suas decisões em uma realidade cada vez mais complexa.

## Referências

ANDRADE, Aparecida de Moura e SANTANDA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 781-798.

ALEXANDER, Larry. What are Principles, and Do They Exist?. **San Diego Legal Studies Paper**, [s.l], n. 13-119, jun. 2013. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em 07.nov.2019.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l], v. 16, n 4, p. 433-449, 2003.

- ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. **ARSP**. [s.l.], v. 95, n.2, p.151-166, 2009
- ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: \_\_\_\_\_. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Nomos, 1995, p. 232-261.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel*, in: J. Jickeli, P. Kreuz und D. Reuter (Org.), **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [s.l.], n. 38, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>. Acesso em 06.nov.2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BALDWIN, Robert. *Better regulation: The search and the struggle*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**, [s.l.], Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2.ed. [s.l.]. Oxford: Oxford University press. 2013.
- BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 11 nov. 2019
- BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais** [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo\\_final\\_27.09.2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf). Acesso em 06.nov.2019.
- CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. *Judicial review of agency benefit-cost analysis*. **George Mason Law Review**, [s.l.]. v. 22, p. 575-617, 2015. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.
- CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. *How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle*. **Proportionality Principle, NYU Law and Economics Research Paper**, [s.l.], n. 19-10; **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 19-32. 2019.
- COGLIANESE, Cary. *Moving forward with regulatory lookback*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017
- COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, L. A.. *Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects*. In: \_\_\_\_ (eds.) **Causation and counterfactuals**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2004, p. 1-57.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. **Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment**. OECD Regulatory Policy Working Papers, n 3, Paris, OECD Publishing, 2009. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation\\_5jm3tqwqp1vj-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation_5jm3tqwqp1vj-en). Acesso em 06.nov.2019.

DEMUTH, Christopher C.; GINSBURG, Douglas H. White House review of Agency Rulemaking. **Harvard Law Review**. [s.l.], v. 99, n. 5, p. 1075-1088, 1985.

ELLIG, Jerry; MCLAUGHLING, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, **Regulation & Governance**. [s.l.], v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. A Constituição pede tanto?. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-constituicao-pede-tanto-29072019>

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **Am. J. Juris.**, [s.l.], v. 46, p. 199-227, 2001.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. [s.l.], v. 57, n 2, p. 383-397, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

HENSCHKE, Martin. **Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik**. Baden-Baden: Nomos, 1998

HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

HUBER, Peter. Junk Science in the Courtroom, **Valparaiso Law Review**, [s.l.], v 26, 1992,

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. [s.l.]. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 152-173.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.189-206.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The riverside press, 1921.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 15, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fernando-leal/propostas-para-uma-abordagem-teorico-metodologica-do-dever-constitucional-de-eficiencia>> Acesso em 06/11/2019.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 85-113.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo

ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden Baden: Nomos, 2014.

LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **Jota**, 16/6/2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em 06.nov.2019..

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, 2018.

LEISNER, Walter. **Abwägung überall—Gefahr für den Rechtsstaat**. NJW, v. 10, 1997, p. 636-639.

LEISNER, Walter. **Die Prognose im Staatsrecht**. Zukunft in Vergegenwärtigung. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, 2006.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OECD. **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2009. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1). Acesso em 06/11/2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l.]. v.12, n 5, p. 924- 943, fev. 2005. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1987.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão 1463, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1463.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf). Acesso em 06.nov.2019.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

- SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>.
- SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316.
- SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: P. Badura/H. Dreier (Org.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 445-465.
- SCHROEDER, Christopher H. Beyond Conflict-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008.
- SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 434-502.
- SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- SPIELTHENNER, Georg. Consequentialism or deontology?. **Philosophia**, [s.l.], v. 33, n. 1, p. 217-235, 2005.
- STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. [s.l.], v. 47, p. 73-160, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. **Harvard Environmental Law Review**. [s.l.], v. 41, 2017.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**, [s.l.], n 13-28, 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2329818](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818). Acesso em 06.nov.2019. 06/11/2019.
- VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, [s.l.], v. 14, 2004.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**“Governo versus Jurisdição”:**  
**aportes para compreensão**  
da crise nas democracias  
contemporâneas

**“Government versus**  
**Jurisdiction”:** inputs for  
understanding the crisis in  
contemporary democracies

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Roberto Correia da Silva Gomes  
Caldas

# “Governo versus Jurisdição”: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas\*

## “Government versus Jurisdiction”: inputs for understanding the crisis in contemporary democracies

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*

Jamile Bergamaschine Mata Diz\*\*\*

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas\*\*\*

### Resumo

Este artigo, a partir de uma abordagem crítico-dedutiva, analisa a crise governo *versus* jurisdição, demonstrando, primeiramente, o deslocamento da crise entre os Poderes Executivo e Legislativo, profundamente alavancada com base em elementos históricos, para outra, vivenciada nas democracias contemporâneas, entre ambos, em face do Poder Judiciário. A partir daí, debruça-se sobre o problema da legitimação não apenas formal, mas material, dos juízes para tomada de decisões primárias diante de omissões legislativas e/ou executivas para, ao final, concluir pela validação de uma perspectiva emancipatória da jurisdição voltada para satisfação de princípios e promessas constitucionais não cumpridos, sem que isso implique defeso ativismo judicial; utilizando-se, para tanto, os métodos histórico e dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** jurisdição; legitimação; crise democrática.

### Abstract

The article, based on a critical-deductive approach, analyzes the crisis government versus jurisdiction, demonstrating, first, the displacement of the crisis between the Executive and Legislative Powers, deeply leveraged from historical elements, to the other experienced in contemporary democracies among both *versus* the Judiciary. From that point on, it addresses the problem of not only formal, but material legitimacy of judges for primary decision-making in the face of legislative and/or executive omissions, in order to finally conclude the validation of an emancipatory perspective of jurisdiction for satisfaction of unfulfilled constitutional principles and promises, without this implying forbidden judicial activism, using, for this, the historical and deductive methods with bibliographical research.

**Keywords:** jurisdiction; legitimacy; democratic crisis

\* Recebido em 31/10/2019  
Aprovado em 19/12/2019

\*\* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). *External Researcher* do Centro de Excelência Europeu da UFMG. Juiz Federal aposentado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

\*\*\* Catedrática Jean Monnet de Direito da UFMG. Coordenadora do Centro de Excelência Europeu da UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna - MG. Professora do PPGD Escola Superior Dom Helder Câmara/MG. Professora do PPGD em Direito da Faculdade Milton Campos/MG. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

\*\*\*\* Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/SP. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP. Professor colaborador do PPGD da UNICURITIBA. *External Researcher* da Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG. Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br

# 1 Introdução

Diante da crise que assola as instituições nacionais, com a consequente discussão sobre os limites de atuação do Judiciário, compreendidos dentro da concepção de atribuição (competência) e legitimação, faz-se necessário aprofundar a análise sob um viés ancorado na interdependência funcional a partir da tradicional separação de Poderes originada do Estado liberal.

O tema da jurisdição e sua imbricação com aspectos relativos ao Governo, juntamente à representatividade democrática, ganhou grande relevo no cenário jurídico nesses últimos anos, principalmente ante a aplicação, cada vez mais intensa, por parte do Judiciário de decisões que podem solapar as atribuições originalmente fixadas para o Poder Executivo e também para o Legislativo.

As discussões em torno da manifestação judicial incorporam uma interpretação que, supostamente, se fundamenta na matriz principiológica constitucional, uma vez que esta se dá por intermédio de decisões originárias determinativas da concretização dos direitos fundamentais e que, geralmente, suscitam indagações e questionamentos a respeito da própria definição de competência (em expressão de atribuição de poder) e legitimação (em expressão da representatividade democrática), sem que se observe efetivo diálogo entre os diferentes Poderes em prol de uma atuação harmônica e, inclusive, mediante a hodierna concertação (a pressupor participação popular e controle social sob um diálogo processualizado com a Administração Pública).

Por tais motivos, justifica-se uma análise aprofundada, fundada no que se denomina crise do pluralismo funcional, que será abordada posteriormente, e a indissociável perspectiva dinâmica e dialógica da legitimidade democrática, que demanda, efetivamente, um olhar voltado à concepção e configuração do sistema jurídico nacional.

O enfoque do presente trabalho será, portanto, examinar o redimensionamento político das funções fixadas pelo próprio sistema jurídico, no hodierno Estado Democrático de Direito, para os Poderes Legislativo e Executivo, decorrente das responsabilidades constitucionais a eles afetas, bem como para o Judiciário.

Especialmente, quando este Poder atua como legislador de terceiro grau decidindo aspectos inerentes a políticas públicas que visem à concretização de direitos fundamentais, (notadamente de cunho social), ante omissões advindas do “agir” dos outros dois Poderes, consubstanciando-se, assim, em autorizado ativismo, dito constitucional, que deve comportar limites.

A eleição desse tema deveu-se, em grande parte, à necessidade de se compreender em que medida a crise relativa ao pluralismo funcional pode afetar a própria organização política dos Poderes no âmbito do sistema brasileiro e, mais ainda, alterar a forma pela qual estes se inter-relacionam e intercomunicam para o cumprimento de suas atribuições, sem que isto implique interferência ou intromissão por parte do atuar do Judiciário nas funções alheias, segundo parâmetros claros e objetivos de aferição da sua legitimidade ativista constitucional para efetivação de políticas públicas que visam à concretização dos direitos fundamentais, marcadamente de viés social.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Direito Constitucional e sua consequente interface com o Direito Administrativo, tendo como pano de fundo um estudo jusfilosófico, devido, especialmente, ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio, cujos parâmetros empíricos demandam uma necessária e manifesta abordagem em *case studies*, ainda que em sentido *lato*.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar as possíveis distorções no pluralismo funcional ante um cenário de crise, especificamente em relação à atribuição, competência e exercício das funções e sua correlação com as teorias de Luhmann e Dworkin. Os métodos histórico e dedutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas presentes quando se examinam, sob uma perspectiva dialógica e democrática, o trinômio poder-função-democracia no marco de uma ordem jurídica manifesta-

mente voltada para a proteção dos direitos fundamentais como embasamento estruturante para a concretização das políticas públicas.

## 2 Por uma contextualização do tema: as bases pré-compreensivas da crise

Para Streck e Bolzan<sup>1</sup> “a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”. Na verdade, hoje se divisam novas funções, o que se percebe com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, que se pode denominar de função controladora e, aqui, encontra-se o desempenho de órgãos como o ministério público e os tribunais de contas, ou mesmo, ainda, a atuação dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando essa passa subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, criando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Decorre, desde aí, a necessidade de melhor compreender esse deslocamento relativo ao arranjo clássico das funções estatais, que tem ensejado uma crise de relacionamento, impondo-se, assim, em primeiro plano, uma incursão de matiz nitidamente pré-compreensivo.

### 2.1 A superação da separação clássica de funções estatais e a crise no relacionamento entre os Poderes

Convocamos, inicialmente, Loewenstein<sup>2</sup>, que vê, com extrema dificuldade, a troca do modelo de Montesquieu<sup>3</sup> sobre a divisão tripartida do exercício do Poder (pois “dogma sagrado” da teoria e prática constitucional das democracias liberais), ao apresentar uma pioneira reclassificação tripartida das funções do Estado, a partir de uma visão de telocracia<sup>4</sup> dinâmica, fundada no conceito de políticas públicas (consideradas no presente artigo como programa/planejamento de ação estatal).

Tal classificação tripartida é a de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. A *determination of policies* significa uma escolha, dentre as várias políticas possíveis de serem determinadas para a ação estatal. Já a *execution of political decisions* representa a implantação e realização da decisão política previamente observada para o agir estatal. Por fim, a *political control* envolve tanto o controle quanto a observância do cumprimento da política estatal tal qual eleita, o que se dá por um órgão governamental distinto<sup>5</sup>.

Segundo seu entendimento, a forma mais eficiente de divisão do exercício do Poder e fiscalização das decisões políticas nacionais é a distribuição das principais funções governamentais entre os diferentes entes estatais que o detêm e seus órgãos<sup>6</sup>. Esse contexto de distribuição das funções representa uma forma de limitação e controle das pessoas jurídicas de Direito público interno, e seus respectivos órgãos hierarquizados, segundo o modelo dos *check and balances*<sup>7</sup>.

Loewenstein<sup>8</sup> vê, nessa última função (fiscalizatória), uma maior importância, pois, se inexistisse, seria pouco provável determinar-se ou estimar-se o alcance de uma decisão política. Ora, diante das novas fun-

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Cristina Murachco(Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>4</sup> A tal expressão liga-se à ideia de um Estado sob um modelo de governo finalista, em busca de metas, de resultados, objetivos socialmente prementes.

<sup>5</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

<sup>8</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.

ções desempenhadas pelo Estado contemporâneo, essa função exsurge com o aparecimento de órgãos controladores das atividades desenvolvidas pelos demais, sob o desempenho de instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, ou mesmo, ainda, dos órgãos de cúpula como gestores da esfera privada, sobretudo quando esta se organiza para subsidiar ou mesmo substituir o Estado em determinadas áreas de atuação, elaborando novos espaços de criação e aplicação normativas.

Isso não significa dizer, todavia, que os mecanismos estruturalizantes adotados classicamente pelo Estado estejam superados. Passam, evidentemente, por metamorfoses, o que se percebe quando se enfrenta a crise vivenciada no relacionamento entre os Poderes. De fato, é produto dessa crise, na expressão de Streck e Bolzan<sup>9</sup>, o “deslocamento da esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário”, que há de se compreender na organização do Estado contemporâneo.

E tal circunstância acontece, efetivamente, em decorrência de uma superação, ainda que parcial — porque o Estado não abandonou integralmente o modelo — do mecanismo da estruturação organizacional funcional preconizada desde o Estado Liberal que concebia a separação de competência dos órgãos de poder ordenada pelo fim<sup>10</sup>, vale dizer: criação e aplicação de Direito, como caminho para garantir a vivência da liberdade.

## 2.2 Concertação, democracia dialógica e a transformação das estruturas organizatório-funcionais do Estado em um pluralismo de ações

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Com efeito, a comunidade começa a participar, em concertação, mais diretamente nas tomadas e controle de decisão - ou, quando no mínimo, começa a exigir que sejam assim tomadas e controladas - fazendo exsurgir um atuar estatal processualizado; surgem novos espaços de atuação (regionais, nacionais, estaduais, locais), mesmo de criação da aplicação normativa, que estão a exigir controle de parte do Estado.

E, na hodierna conjuntura de uma evidente crise de legitimidade dos representantes eleitos, a deflagrar o surgimento da acepção de uma democracia dita dialógica (ou participativa), a institucionalização de mecanismos para participação popular e controle social na tomada e fiscalização de decisões estatais (ou seja, quando de sua implementação), em si, é uma realidade que se torna cada vez mais visível nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, verificando-se desde a criação e eleição das políticas públicas até os atos administrativos (em sentido *lato* ou *stricto*) que visam a sua concreção.

Há, de conseguinte, uma revisita ao conceito clássico de democracia para incluir a questão do consenso, da concertação, a pressupor uma processualização do atuar estatal que seja capaz de estabelecer um profícuo diálogo com a sociedade, mediante uma governança regulatória que permita a expansão do raio de ação também das organizações internacionais e das organizações não-governamentais (ONG's), entre outros atores, como forma de contemporização dos conflitos e fortalecimento da paz como incremento da própria democracia.

É nesse cenário de reconhecimento explícito do valor democrático das manifestações políticas do indivíduo, para formação do interesse público, em concretização do Estado Democrático de Direito enquanto

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

<sup>10</sup> Segundo Malberg (MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lió Deprete. México: Facultad de Derecho/UNAM e Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2001), o critério de distinguir as funções do Estado em razão do fim remonta a Jellinek (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: FCE – Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2004) e não é seguro porque funções diversas podem ter fim idêntico e, uma mesma função, finalidades diversas.

“um novo querer normativo de índole pública”<sup>11</sup>, que se observa, segundo Bolzan,

além de uma mudança de perfil clássico das funções estatais produzidas pela transformação mesma da instituição Estado — onde cada vez mais a especialização se vê substituída pela ocupação de espaços de um dos setores por outro (e.g. Comissões Parlamentares de Inquérito, atividade legislativa pelo Executivo, como no caso das Medidas Provisórias substituindo a regulação construída no debate parlamentar por aquela elaborada para interagir conjuntamente com a volatilidade dos *humores* do mercado) —, a fragilidade do mesmo — Estado — em suas diversas expressões, quando perde a *concorrência* para outros setores — semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. —, acerca da capacidade, bem como muitas vezes da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos.<sup>12</sup>

Essa transformação foi percebida por Canotilho quando afirma que a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado implica

(1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuída aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias, não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado Liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras normas de *ação* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação econômica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais; (3) a atribuição de um carácter de ação aos preceitos organizatórios implica, concomitantemente, a articulação das normas de competência com a idéia de *responsabilidade constitucional* dos órgãos constitucionais (sobretudo dos órgãos de soberania) aos quais é confiada a prossecução autônoma de tarefas; (4) apuramento de uma noção de *controlo constitucional* que não se limite a enfatizar unilateralmente o controlo jurídico das inconstitucionalidades e se preocupe também com as sanções políticas pelo não-cumprimento das tarefas constitucionais distribuídas pelos órgãos de soberania<sup>13</sup>.

O redirecionamento da crise partindo dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário decorre, nesse espectro, da assunção por esse Poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais, quer quando atue como legislador de terceiro grau, quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas, porque as mudanças sociais que se preconizam a partir do dirigismo constituinte periférico comportam a atuação dos mais variados seguimentos sociais ao lado do próprio Estado, apontando para um *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*<sup>14</sup>.

Em relação ao aspecto do legislador de terceiro grau, vale citar Bonavides, para quem,

em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental — a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 189, jul./set. de 1992, p. 120.

<sup>12</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 689-690.

<sup>14</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por*

Desta forma, há que se analisar a questão da atuação judicial em contraponto com a legislação vigente e a consequente hermenêutica constitucional aplicada que acaba por estabelecer o anteriormente comentado pluralismo de ações e pluralismo funcional, o que será feito no tópico seguinte.

### 2.3 Legislação governamental e judicialização da política em um ambiente de constitucionalismo de resultado

O exercício do poder sempre esteve vinculado a uma tensão entre *governo e jurisdição*, mesmo ainda quando as funções judicantes se encontravam atreladas ao monarca ou ao parlamento. Aliás, sobre a dimensão política nas funções jurisdicionais, Vilanova é preciso ao asseverar:

(...) no final de contas, o que se perpetua através de um órgão-do-poder, que, juridicamente, é uma porção constitucionalmente definida de competência, é a nação mesma. É a nação mesma, em um de seus aspectos, ou em uma de suas decisões políticas mais características, é ela que se revela ou se manifesta, pois tomada de posição política, em substância, é a concepção do direito e através deste o modo como se realiza a justiça. Política, sim, porque é através do poder que o direito e a prestação da justiça se efetivam. A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despótico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas-contenciosas.<sup>16</sup>

A crise contemporânea, que transporta o problema para os nossos dias, tem como ponto de partida o primeiro pós-guerra. Inicialmente, o eixo de tensão eclodiu entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Deveras, os Estados que sobreviveram ao peso da 1ª Grande Guerra começaram a enfrentar o século XX com enormes dificuldades. Na verdade, a grave crise econômica que assolou o mundo, após o conflito, ensejou profundas modificações no plano interno. A economia das nações estava arrasada e a ação dos governos se desenvolvia no sentido de restaurar as suas economias, e, ao mesmo tempo, no plano externo, a preocupação com as relações internacionais e o medo de um novo conflito criaram todo um clima de expectativa e precaução. Inclusive, houve corrida em procura de armamentos para que, assim, os Estados pudessem se apresentar preparados no caso da eclosão de novo conflito.

Estas, entre outras, foram as causas que determinaram um novo conflito entre os Estados e, agora em maior proporção, em face do desenvolvimento científico e tecnológico por que passava a humanidade.

Nesse conturbado período, surgiu a chamada *legislação governamental*. Durante a época dos conflitos, exigia-se maior rapidez nas tomadas de decisão. Não se podia esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Nesse clima, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas. No entanto, esperava-se que

findos os conflitos, a situação voltasse à normalidade constitucional, mas o que se verificou foi que outras causas vieram a justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação, mantiveram os governantes em estado de “mobilização” que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias.<sup>17</sup>

Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho de autoridade legislativa, e instrumentos como decretos-leis, *ordonances*, medidas-provisórias etc. invadiram a experiência constitucional dos Estados.

Em subseqüência, o eixo de tensão deslocou-se para o Legislativo-Judiciário e, igualmente, para o Executivo-Judiciário, no que hoje se tem chamado *judicialização* ou *juridicização da política*, ou ainda *politicização do*

uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

<sup>16</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 39.

<sup>17</sup> RAO, Vicente. Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias — A legislação governamental ou delegada e os regulamentos — A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. In: *Separata – Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto* – vol. I. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962, p. 526, citado por TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto!* 2ª ed. São Paulo: Baraúna, 2016, p. 166.

*Poder Judiciário*, à luz do hoje denominado constitucionalismo de resultado.

Para tanto, novos parâmetros têm sido buscados, a partir dos conceitos tradicionais, para fundamentar e justificar responsabilidade extracontratual estatal, por assim dizer, concertada, no atual contexto de uma administração pública e de um constitucionalismo de resultado<sup>18</sup>, a implicar um Estado garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, mormente sociais, ante a insuficiência dos paradigmas tradicionais para uma resposta célere, precisa e segura às questões advindas da complexidade das relações sociais surpreendidas no cotidiano tecnológico e informativo dos dias atuais<sup>19</sup>.

Nessa tessitura, efetivamente, é preciso

que se pense a concretização dos direitos humanos a partir do *prisma da jurisdição*, atribuindo-lhe expressão fundamental quando estejamos frente aos direitos de terceira geração, o que não a afasta da problemática (...) no âmbito das *liberdades positivas*, assim como não fica alheia quando tratamos das *liberdades negativas* a partir de sua interconexão com o complexo contencioso dos direitos humanos expressos através de interconexões que os mesmos projetam.<sup>20</sup>

Essa necessidade projeta um *pluralismo funcional* que tem conduzido a jurisdição a atuar em searas que vão além do protótipo tradicionalmente concebido, ao escopo de ampliar o conteúdo e garantir a eficácia (à qual a eficiência é subordinada) de direitos fundamentais e do seu núcleo essencial, por meio de vinculação (controle formal e material) de ações às políticas públicas, a pressupor uma gestão pública para sua concretização que seja consensual, dialógica, segundo uma processualização e contratualização do agir estatal viabilizadas pela inexorável participação popular e controle social que permeie todas atividades de fornecimento de bens, prestação de serviços ou realização de obras. Consoante ressalta Caldas:

de conformidade a essa realidade social mundial dos dias de hoje, a forma clássica de mera contratação dos particulares para a realização de obras e prestação de serviços públicos, dá lugar, gradativamente, às já conhecidas concessões e privatizações, bem como às mais diversas formas flexíveis, entendidas enquanto fórmulas jurídicas mais hodiernas de cooperação na operacionalização do atuar estatal, de colaboração financeira e administrativa, a serem levadas a efeito por parte do setor privado, a população, mediante os chamados instrumentos setoriais de planejamento participativo e de controle social, ao auxiliar a escolha, programação, avaliação, execução e fiscalização institucionais das políticas públicas envolvidas, pois, se de um lado o Poder Público não dá mais conta de tanta demanda em proporção superior aos seus recursos, por outro, a iniciativa privada vê a possibilidade de uma maior participação na “produção” da cidade, com uma consequente maior lucratividade.<sup>21</sup>

Tal atuação apenas ganha sentido, “como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* — não apenas o mal-estar da civilização de que fala Sigmund Freud, mas de um mal-estar na civilização (no projeto civilizatório moderno)”<sup>22</sup>, pois, conforme

<sup>18</sup> Conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004; IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato. In: *Amministrazione e Legalità – Fonti Normative e Ordinamenti (Atti dei Convegno)*. Macerata, 21 e 22 de maio de 1999, Milão: Giuffrè Editore, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. 2003 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: *Grandes temas do Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo. (Org.). Florianópolis: Millenium, 2009.

<sup>19</sup> Como explica Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed., 2ª tiragem, 2014 e BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª ed., 2015), os direitos fundamentais de cunho social, à luz de um constitucionalismo democrático que consagra o Estado Social, *in casu*, o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição de 1988, tanto alargados e enriquecidos com as conquistas da revolução tecnológica em detrimento do espaço individual autônomo, demandam, naturalmente, maior intervenção estatal (em relação aos demais direitos fundamentais) para a sua garantia e proteção, inclusive por parte do Judiciário (em ativismo dito, assim, constitucional).

<sup>20</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75.

<sup>21</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 61 – 64.

<sup>22</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 182.

leciona, “se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo.”<sup>23</sup>.

De fato, o constitucionalismo contemporâneo está assentado num Estado Social marcado por promessas de prestações sociais não cumpridas. Isso tem elevado o grau de litigiosidade quando aqueles que se veem excluídos dos benefícios prestacionais (moradia, saúde, educação e segurança social, basicamente) conduzem à jurisdição a resolução das políticas públicas não acudidas ou mal implementadas. Nessa contextura, conforme assinalado por Bolzan,

a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um arranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.<sup>24</sup>

Sem dúvida, a redemocratização do País, com a Constituição de 1988,

reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (...). Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.<sup>25</sup>

Em relação à visão tradicional, Vilanova, a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal pátrio, afirma:

atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. O caráter irrecusavelmente político está em que mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo Constituinte originário. Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-se-lhes exorbitâncias, no declarar seus atos incompassíveis face à Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos correntes.<sup>26</sup>

Porém, voltado para os dias de crise que se vive, Barroso<sup>27</sup> divisa, como causa decisiva da judicialização da política, a circunstância de a Constituição brasileira trazer para seu bojo inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político-majoritário, seguindo a tendência das Cartas de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Segundo registra, quanto à possibilidade de judicializar-se a exigência de direitos,

a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 182.

<sup>24</sup> BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 183.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 9. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>26</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 49.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 3 – 4. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

### 3 O problema da legitimação dos juízes

A primeira questão que se coloca quando nos debruçamos sobre o problema da judicialização da política diz respeito à legitimidade. Com efeito, estariam os juízes legitimados para essa atuação? As considerações que vamos tecer sobre a judicialização da política voltam-se ao declarado fim.

#### 3.1 Legitimidade, juridicização da política e limites de atuação

A legitimação da judicialização da política tem sido palco de debates, sobretudo em face da diretriz imprimida à jurisdição pela Constituição dirigente. Enfrentando a questão, Bercovici assevera que

um dos problemas desta concepção de Constituição é o fato de que, ao reacear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle da constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.<sup>29</sup>

Em tal sentido, defendemos a atuação da jurisdição nessa missão, projetando a legitimação como o fez Bolzan

em uma perspectiva ampliada, que inclua não apenas a ação do agente público encarregado das atribuições afetas à função pública estatal, mas incorporando algo que poderíamos denominar como uma *prática jurídica comprometida* que congregue todos os operadores jurídicos”, o que implica a consideração e reflexão do “seu perfil como poder de caráter político inerente ao regime democrático e insubstituível para a concretização do Estado Democrático de Direito”.<sup>30</sup>

Nessa perspectiva, a clivagem da legitimação decorre de um viés sociopolítico, avultando-se inteiramente pertinentes as ponderações de Luhmann, que, embora direcionadas a projetar os Tribunais como o centro da redução da complexidade sistêmica na autopoiese do Direito<sup>31</sup>, fornecem elementos para uma análise, que, longe desse desiderato, enfoque a relevância da jurisdição no quadro emancipatório periférico.

Com efeito, Luhmann<sup>32</sup> ressalta que “a diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas”. E, sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em seu inerente contexto político, aponta Vilanova:

a Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte material, poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o constituinte originário, titular da decisão política básica. Na “interpretation” o magistrado aloja-se dentro da Constituição; na “construction”, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, às vezes; outras, judicial e política; tal é a função jurisdicional do supremo órgão da justiça, subjacente ao qual está a nação mesma.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

<sup>30</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 75 – 76.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

<sup>33</sup> VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*. São Paulo:

A questão, num primeiro momento, diz respeito a perquirir até que ponto os juízes podem criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada — mas não precisada pelo legislador — mas também a esse se substituindo. Luhmann<sup>34</sup> já evidenciava que a interpretação desta diferenciação era imprecisa e carente de elaboração teórica.

Para Luhmann<sup>35</sup>, a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes — o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma —, a generalidade também repousaria na decisão judicial.

Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada nesse procedimento de estruturação congruente secundária — criação da decisão judicial — em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas — significa dizer: uma lei pode ser facilmente revogada por outra —, o juiz, segundo Luhmann<sup>36</sup> “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas” para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos, constituindo casos diferentes.

Porém, o próprio Luhmann<sup>37</sup> adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência<sup>38</sup>, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização

Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 44.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 36.

<sup>38</sup> Todavia, no sistema jurídico pátrio, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004 das súmulas vinculantes revelará uma *tendência pátria atual* de generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, essa proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento, que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no “mundo jurídico”, não têm força de lei e não gozam dos “requisitos” da regra-abstratação e generalidade. *E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação*. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso — concreto —, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!) Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção” (sic). Dito de outro modo: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas todas as “universalidades” de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral. Exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no “verbete jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão, é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, ficando o “crime como o crime” afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasilis* - não há sentença ou acórdão que assim não proceda — a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per se, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os “casos” jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro:

primária, os juízes encontram-se, do mesmo modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

A análise sociológica de Luhmann<sup>39</sup> ampara o pensamento de quem sustenta que o juiz atua como legislador para suprir omissões ou indeterminações, quando criaria norma, à qual não emprestamos adesão, embora tenha o condão de apontar a fragilidade do consenso vazado na generalização da lei, do mesmo modo que revela o quanto é arriscada a generalização secundária por parte do Judiciário.

Contudo, a razão está com ele quando aponta para os Tribunais como órgãos centrais do Direito, visto este enquanto um sistema autopoietico<sup>40</sup>. Essa posição tem-se firmado e resta validada, sobretudo, quando, no processo de consolidação do constitucionalismo, foram criados os Tribunais constitucionais, sendo notório o debate travado entre Kelsen e Schmitt a respeito, pois, já àquela época, Schmitt se mostrava receoso com a judicialização da política que adviria da função institucional de guardião da Constituição atribuída às cortes constitucionais, enquanto Kelsen defendia a jurisdição constitucional, que Schmitt insistia, iria se corromper com a politização da Justiça.<sup>41</sup>

Em verdade, a Constituição, ao desempenhar sua função autopoietica, assume uma compostura dimensional de predominante e não exclusivamente fático-social, sendo fortemente condicionada pelo contexto normativo-jurídico e ideológico.

Há de se salientar, nesse sentido, a concomitante natureza constitucional autopoietica ontológico-dialética<sup>42</sup>, mediante a qual a Constituição funciona como uma síntese superadora de abordagens parciais coexistentes (político-sociológica, normativo-jurídica e ideológica), as quais pressupõem os elementos fornecidos pelos respectivos enfoques.<sup>43</sup>

Assim, porque as dimensões constitucionais político-sociológica, normativo-jurídica e ideológica coexistem em recíproco condicionamento, qualquer abordagem parcial é afastada do abstracionismo ou metodologismo, havendo de basear-se no critério de predominância, e nunca de exclusividade.<sup>44</sup>

### 3.2 Legitimidade social e politização do Poder Judiciário

O ponto nodal da questão levantada sobre a legitimidade judicante, de conseguinte, inclusive à luz das dimensões autopoietico-constitucionais retromencionadas, reside em se equacionar como os juízes, que não passaram pelo crivo direto da vontade popular, estariam legitimados a desempenharem um poder político a ponto de invalidar atos dos demais Poderes? Essa *dificuldade contramajoritária*<sup>45</sup>, conforme Barroso<sup>46</sup>, encontra justificativas de natureza normativa e filosófica.

Segundo o pensamento de Barroso, o fundamento normativo decorre

---

Lumen Juris, 2006, p. 215 – 217).

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985 e LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>42</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>43</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994 e CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. *Revista dos Tribunais*: Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.

<sup>45</sup> Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017 atribui a nomenclatura a Bickel (BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 3.ed. New Haven: Yale University Press, 1996).

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial<sup>47</sup>.

Não basta, contudo, para que isso se dê, a mera previsão textual de procedimento típicos do Estado do Direito. É preciso que não haja uma deturpação do processo de concretização constitucional, o que somente é possível por meio de uma Constituição que expresse o consenso social que identifique, claramente, o sentido que o Estado deve adquirir.

Dito sob um segundo enfoque, com influência da doutrina de Karl Loewenstein<sup>48</sup>, a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou não de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder reste submetido ao controle dos seus destinatários. Assim,

en un sentido ontológico, se deberá considerar como el “telos” de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.<sup>49</sup>

Já a justificativa filosófica repousaria na circunstância de que o respeito aos direitos fundamentais impõe a limitação do poder (fundamentos do constitucionalismo), de tal modo que o exercício do poder fundado na soberania popular expressada na vontade da maioria, caracterizadora do regime democrático, deve respeitar os direitos fundamentais, o que enseja a possibilidade de conflito entre vontade da maioria e a proteção aos direitos fundamentais, que deve ser conformado pela Constituição, de onde resultaria a missão do Judiciário de velar pelo respeito aos valores e direitos fundamentais, sem descurar da preservação do princípio majoritário<sup>50</sup>.

A observação de Barroso não pode ser olvidada, principalmente quando, problematizando a questão, insiste em que a democracia não se resume ao princípio majoritário

se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo papel da Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>51</sup>

É exatamente por isso que Dworkin<sup>52</sup> assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para as controvérsias políticas”.

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a judicialização da política? Dworkin (2001) toma como ponto de partida para alcançar uma resposta, a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele<sup>53</sup>, a expressão “Estado de Direito” pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do ponto de vista formal, a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material, denominada de concepção “centrada nos direitos”.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 8. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>48</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editoria Ariel, 1976.

<sup>49</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editoria Ariel, 1976, p. 151.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19/05/2017.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 10. Disponível em: <www.migalhas.com.br/mostra\_noticia\_articuladas.aspx?cod=77375>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6 – 7.

<sup>54</sup> A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida em 1978 por Pedrosa (PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...”<sup>55</sup>.

A partir daí, Dworkin demonstra que a conduta dos juízes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que na solução dos casos “devem tentar descobrir o que está `realmente` no texto jurídico” e ainda que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá”<sup>56</sup>.

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos<sup>57</sup>. Terá mais presente ainda que “os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista desse ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa”<sup>58</sup>.

Conforme o supracitado autor, o juiz, nesse modelo,

tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras<sup>59</sup>.

Todavia, para quem não superou a ideia de que Direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou, por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitrado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

Divisar uma atuação da jurisdição a partir de uma base principiológica que pode se encontrar ou não na Constituição, mas que numa situação concreta, extirpe de qualquer dúvida, retrata os valores eleitos pela comunidade para, a partir daí, desvelar o sentido que reflita a melhor resposta para a questão, não pode constituir excesso de ativismo judicial quando esse sentido se encontra compatível com a definição axiológica majoritária.

E, quando a decisão em defesa dos direitos fundamentais decorrentes da principiológica comunitária, sobretudo quando expressa numa Constituição, afasta o processo majoritário vazado em atos de governo, ainda que criados pela maioria de mais de cinco centenas de pessoas e chancelada por outra, ou simplesmente editados por autoridade administrativa, esse contramajoritarismo não pode ser alçado a excesso de ativismo judicial ou de politização indevida da jurisdição.

Estamos convencidos, contudo, que essa hipótese não consubstancia originalidade alguma e, para tanto, dizendo de outro modo, pretende expressar que o juiz não cria direito, nem mesmo na vagueza ou indeter-

---

VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978). Àquela época, o inédito trabalho demonstrava que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí porque se vale do positivismo Kelseniano para concluir que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à ideia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “Alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das ideias de Kelsen, Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.7.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

<sup>57</sup> A ideia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *Se a justiça vem apenas pela lei, então Cristo morreu inutilmente*, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

minação do texto, tampouco quando decide, contramajoritariamente, em defesa dos valores e princípios comunitários. Por isso, de logo, ponderamos que não podemos concordar integralmente com Barroso quando afirma:

havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matérias de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.<sup>60</sup>

Com efeito, as escolhas do legislador devem prevalecer quando permitam um sentido compatível com os princípios adotados pela comunidade, no caso brasileiro, expressos ou decorrentes da Constituição, consoante registra Barroso, uma vez que, de qualquer sorte, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”<sup>61</sup>.

Todavia, reforma política alguma terá o condão de ensejar definição prévia de sentidos absolutamente hermética, a ponto de dispensar a atividade judicial, bem como acabar com a possibilidade de escolhas legislativas incompatíveis com os valores e princípios vazados ou decorrentes da Constituição.

É preciso registrar a ponderação do pensamento de Dworkin em defesa de argumento de princípio, que não pode ser solapado por um argumento de política. Segundo ele, “um juiz não é pressionado por demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”<sup>62</sup>. Isso decorre da circunstância de que

um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor<sup>63</sup>.

Para Streck<sup>64</sup>, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria, hodiernamente, na atuação do Poder Judiciário, já que “Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.

Na atualidade, não se defende mais que o Poder Judiciário apenas cumpra sua função de resolver litígios *inter partes*, isto é, aplicar meramente a lei penal, dizer o direito em relações privadas ou, ainda que públicas, restritas ao que somente interessa às partes. Nesse ponto, Grinover, Lucon e Watanabe asseveram que

O Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 14. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 15. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>. Acesso em: 19 mai 2017.

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

<sup>64</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

<sup>65</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 18 jun 2016.

### 3.3 A concretização judicial de políticas públicas em virtude de omissões estatais caracterizadoras de um “estado de coisas inconstitucional”

O Judiciário passa de uma função passiva para se tornar um Poder que adentra no campo político para assegurar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, estando, para tanto, algumas vezes autorizado a avançar no terreno da concretização de políticas públicas, visando salvaguardar direitos e garantias fundamentais, prioritariamente das minorias.

Conforme ressaltam Pereira e Gonçalves,

a implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. A crescente judicialização desses direitos — bem como acolhimento das demandas pelo Judiciário — traz implícita a concepção de que os entes públicos não adimpliram seu dever de materializar os comandos constitucionais, ou seja, pressupõe o reconhecimento de omissões materiais inconstitucionais.<sup>66</sup> Vale destacar, ainda, que o STF tem apreciado um amplo espectro de situações envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro direto normas constitucionais programáticas, rejeitando a visão de que elas demandariam inexoravelmente *interpositio legislatoris* para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes. O impacto desse quadro na visão legiscêntrica da omissão inconstitucional é evidente, ao retirar do parlamento o monopólio da atenção sobre o dever de cumprimento da Constituição. Também outros entes, como órgãos executivos, entram em foco. Com isso, a análise da atuação de todos os agentes públicos é alçada à condição de objeto de controle de constitucionalidade em processos objetivos.<sup>66</sup>

Além disso, a discussão sobre uma definição rígida de política pública não se encontra ainda pacificada na doutrina. A reestruturação do Estado visando conferir melhores condições sociais aos indivíduos foi o grande impulso que fez com que seu estudo passasse a ganhar relevância na seara do Direito. Nesse sentido, segundo Bucci,

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definitivos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>67</sup>

E, desse sentir, há muito não diverge Vilanova, ao, também, afirmar o caráter jurídico desse programa de ação estatal, em que se consubstanciam as políticas públicas, visto enquanto uma forma de racionalização do processo de desenvolvimento:

a mudança social (*a social chance*), reveste-se hoje na espécie de desenvolvimento. O desenvolvimento implica uma certa racionalização, a interveniência programada de fatores, uns a título de meios, outros a título de fins. A norma jurídica intervém na programação da mudança, como um dos fatores de racionalização. Estabelece-se um programa de ação — educacional econômica, populacional, habitacional, financeiro, administrativo, de política interna ou de política externa — mas sem o direito ele é mero projeto, simples projeção de ação futura, esquema viável ou inviável, oportuno ou necessário. Para conferir-lhe cogência, viabilizá-lo imperativamente, para arrancá-lo da simples proposta discutível, teoricamente acertado ou desacertado, apela-se para a decisão, e como essa decisão tem por protagonista o Estado, ela é decisão política. E como o Estado é sempre jurídico, a decisão é jurídica, requer o direito<sup>68</sup> (Vilanova, 1977, p. 23-24).

<sup>66</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015, p. 145.

<sup>67</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>68</sup> VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano VIII, n. 43-44, jul./dez. 1977, p. 23 – 24.

Dessa maneira, se há evidentemente uma lacuna ou omissão em relação ao descumprimento das políticas públicas que deveriam adotar-se pelo Estado, no exercício de seus poderes constituídos, poderá questionar-se, no plano jurisdicional, como tal descumprimento poderá ser sanado, visando efetivar os direitos e garantias fundamentais. Nos dizeres de Miranda, ao reconhecer a possibilidade de multiplicidade de fontes de omissão (normativa, legislativa, política, entre outras),

relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis — e não apenas teóricas — de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos.<sup>69</sup>

É justamente para explicar a atuação do Judiciário ante uma omissão dos demais Poderes, notadamente no caso do Executivo, que surge o que se vem denominando de “estado de coisas inconstitucional”, e que ainda não possui conceituação sólida e unívoca sobre o seu significado, mas que pode ser compreendida a partir da análise das características apontadas pela doutrina para o reconhecimento dessa situação fática

A) desconhecimento reiterado e geral de direitos e liberdades fundamentais por parte das autoridades públicas. B) A adoção de práticas constitucionais por estes poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa dos direitos constitucionais ao adotar medidas corretivas das violações desses direitos. D) A manutenção de ordenamentos transitórios ou temporários em temas centrais, como a autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) Os juízes provisórios. G) O mau funcionamento e desempenho de alguns órgãos judiciais e de defesa da proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo Poder Executivo. I) A impunidade para crimes de corrupção e direitos humanos. E, J) A Substituição dos mecanismos de reforma constitucional e o poder constituinte, entre outros, pela justiça constitucional<sup>70</sup>.

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, com efeito, objeto de investigação. A análise de Streck tem a originalidade de apontar o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma. Com efeito, Streck<sup>71</sup>, não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade, alerta, valendo-se da lição de Cittadino, para a circunstância de que a judicialização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, não deve implicar um agir do Judiciário exclusivo sob seus domínios ou mesmo paternalista. Efetivamente,

não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.<sup>72</sup>

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado peri-

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012, p. 11.

<sup>70</sup> CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones – el Estado de cosas inconstitucional. *Provincia Especial*. Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes, 2006, p. 343 – 344. No original: A) Desconocimiento reiterado y general de libertades y derechos esenciales por los poderes públicos. B) La adopción de prácticas constitucionales por dichos poderes. C) La omisión de los órganos competentes en materia de defensa de derechos constitucionales de adoptar las medidas correctivas de las violaciones de estos derechos. D) El mantenimiento de ordenamientos transitorios o provisionales en materias fundamentales, como el de la autonomía e independencia del poder judicial y su régimen disciplinario. E) El activismo judicial. F) La provisionalidad de los jueces. G) El funcionamiento deficiente y el poco desempeño de los organismos judiciales y de defensoría de protección de los derechos fundamentales. H) El ejercicio de la delegación legislativa ilimitada por el poder ejecutivo. I) La impunidad de delitos de corrupción y contra los derechos humanos. Y, J) La sustitución de los mecanismos de reforma constitucional y del poder constituyente, entre otros, por la justicia constitucional

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>72</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 39.

férico onde são gritantes as deficiências do Poder Público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição. Entre os exemplos por ele ofertados<sup>73</sup>, chama a atenção para que, ao decidir garantindo vagas em ensino fundamental, o magistrado invade a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos hospitalares. Isso, obviamente, seria inconcebível no paradigma de estruturalização funcional clássica do poder.

A obra de Dworkin, também rica em estudo de casos, chama a atenção ao explicitar a atuação do Judiciário como fonte co-legisladora de norma geral. Trata-se do caso *Charter*, em que o juiz teve de estabelecer se a proibição quanto à participação de negros como sócios de uma agremiação política, encontrava vedação na lei que prescrevia a não discriminação às organizações que servem a “uma parte do público”.

Nesse caso, um olhar sobre a hermenêutica clássica manda o juiz aferir a intenção do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e, assim, a questão se torna semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin compreende que

diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.<sup>74</sup>

Porém, o que o juiz sente, o que ele acha, a inspiração divina, mediúnica, enfim, parece realmente não se apresentar como um critério racional a ponto de justificar a decisão judicial. É preciso que ela se assente numa compreensão do que desde sempre existe e se encontra lançado (pré-compreensão a partir da finitude), e possa, a partir daí, apontar para uma solução hermenêuticamente correta para solucionar a questão, de modo que a compreensão possa ser igualmente aferida por outros observadores a ela concernidos.

A decisão que se constrói sob tal contextura deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso por meio do exercício da jurisdição, bem como aqueles estabelecidos ou decorrentes dos princípios selecionados como de valor permanente.<sup>75</sup>

### 3.4 O legislador de terceiro grau e sua legítima capacitação para tal mister

É nesse sentido que Bonavides insiste em divisar o juiz como legislador de terceiro grau, reconhecendo o papel a ele destinado na nova hermenêutica de matiz filosófico:

intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais.<sup>76</sup>

Tem-se verificado, a partir daí, uma visão *redentora* do Poder Judiciário, com outra sorte de objeção se colocando na seguinte e preocupante indagação: os juízes estão preparados para fazê-lo?

Primeiramente, essa visão não pretende que o Poder Judiciário, de modo indiscriminado e arbitrário pos-

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57 – 58.

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 – 46.

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

sa substituir o Poder Executivo, definindo as políticas públicas, ou ainda, criando normas gerais, avocando-se atribuição inerente ao legislador. Pretende-se, ao contrário, mirar uma via aberta e legitimada pelo pacto para conformar a atuação do Poder Público aos compromissos estabelecidos na Constituição, assegurando, portanto, sua força normativa.

O primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição decorre, como já vimos, exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então, não teriam eles legitimação para tanto.

Na verdade, a questão tomada sob este prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação, ditado pelas regras do jogo que podem, obviamente, ser modificadas por regras adremente estabelecidas.

A legitimação em estudo deve decorrer menos do procedimento que da substância. Isso significa dizer, em outras palavras, que a decisão judicial, ao se vincular ao núcleo material essencial da Constituição (o art. 3º, por exemplo), tendo como escopo o equacionamento formal e material das políticas públicas voltadas para a satisfação da Justiça distributiva, atenderá a uma expectativa congruente generalizada<sup>77</sup> das camadas da população excluídas.

Sob o prisma desse entendimento, podemos entender que, conquanto formalmente legitimados, o Parlamento e o Executivo podem tomar - e tomam - decisões que frustram expectativas generalizadas, desvinculando-se do núcleo compromissário-dirigente da Constituição brasileira. Seriam elas legítimas? A pergunta pode ser feita de outra forma: Estariam os parlamentares ou os órgãos executivos legitimados substancialmente a tanto? A resposta, sem dúvida, é negativa.

Nesse diapasão, a legitimação substancial constitucional, para o atuar do Judiciário, de forma a efetivar as políticas públicas concertadas - vistas enquanto metas estatais discutidas com a própria sociedade, direta e indiretamente, para promoção, em última análise, da prosperidade pública (bem de todos, consoante o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988) -, se impõe como uma defluência natural do concretizar democrático participativo, cuja capacitação exsurge na *praxis* e vivência dos cotidianos anseios sociais, colhidos no processo de um profícuo e continuado controle de constitucionalidade da atividade estatal comissiva e omissiva - segundo valores de validade/invalidade das normas jurídicas e efetividade/inefetividade dos demais atos governamentais<sup>78</sup> -, e sua conformação às vinculantes metas públicas<sup>79</sup>. Com efeito, consoante Rocha:

infiere-se daí, transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo principiológico e material. Neste sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário — garante da supremacia constitucional — em sua função de interpretação, construção e integração do Direito. Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”. Posto desta forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial, demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também, dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições. Neste contexto, a judicial review of legislation, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum social*.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>78</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015.

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 86, n° 737, março de 1997.

<sup>80</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides. *Revista Jurídica da Presidência da República*. Brasília: Imprensa Oficial, vol. 7, n. 72, mai. 2005, p. 11-17.

Enfim, é preciso ter presente que sob a perspectiva emancipatória, que reclama o cumprimento das promessas de modernidade vazadas na Constituição do Brasil de 1988, a atuação do Judiciário sob essa perspectiva se avulta como uma via que não pode ser desprezada, impondo-se, todavia, a presença das conformações e limites ora evidenciados.

## 4 Últimas reflexões para concluir

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter de tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos humanos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, de modo a imprimir a força normativa necessária àquele núcleo vazado no art. 3º, da Constituição brasileira, que revela as promessas da modernidade ainda não cumpridas no Estado contemporâneo.

Como tal, conforme analisado neste artigo, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei ou a decisão executiva, na medida em que satisfaça ou não expectativas sociais congruentemente generalizadas. A atuação contramajoritária da parte do Poder Judiciário apenas se justifica na, e pela, promoção dos direitos fundamentais, a qual se exerce, portanto, em direção ao fortalecimento da paz (haurida da solução dos conflitos sociais) e, em consequência, da hodierna democracia dialógica, participativa.

O dilema em adotar, entre nós, a politização da decisão judicial sob o veio substancialista reside, como aponta com precisão Streck, no fato de que o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista; não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”<sup>81</sup>.

Isso acontece, registra Streck<sup>82</sup> citando Faria, porque a magistratura

não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos<sup>83</sup>.

Ainda, pode-se referir, como causa, a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a Constituição como um sistema estruturante dotado de sentido<sup>84</sup>, isto é, que deve revelar expectativas congruentemente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.

Postas essas reflexões sobre o problema da legitimação e limitação do poder projetadas na crise *governo versus jurisdição*, que apontam para a possibilidade de atuação da jurisdição numa perspectiva emancipadora, é preciso, contudo, termos a consciência de que divisar o exercício da jurisdição como um caminho propulsor de inclusão em defesa da sociabilidade estatal, não implica a desconsideração de outras vias de atuação, sobretudo as decorrentes da atuação popular de caráter nitidamente não governamental, que devem ser privilegiadas sem que isso conduza a um menoscabo ao exercício da jurisdição pelo concebido viés.

Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/download/50/113>>. Acesso em: 18 jun 2016.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54.

<sup>82</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>83</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça Federal, 1995, p.15- 16.

<sup>84</sup> O sentido ora imprimido à Constituição está erigido a partir do conceito de direito elaborado por Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 183).

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 237, jul./set. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=77375](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375)>
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BICKEL, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 3.ed. New Haven: Yale University Press, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BOLZAN DE MORAIS. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa - Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª ed., 2ª tiragem, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª ed., 2015.
- BRITTO, Carlos Ayres. “Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 189, jul./set. de 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo : Saraiva, 2006.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O papel da Constituição sob uma visão autopoietica do Direito. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, nº 20, julho/setembro de 1997.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.
- CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Werneck Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 86, nº 737, março de 1997.
- CORREDOR, Róman J. Duque. Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones – el Estado de cosas inconstitucional. **Provincia Especial**. Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho Nacional da Justiça Federal, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>.
- IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato. In: *Amministrazione e Legalità - Fonti Normative e Ordinamenti (Atti dei Convegno)*. Macerata, 21 e 22 de maio de 1999, Milão: Giuffrè Editore, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. México: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lió Deprete. México: Facultad de Derecho/UNAM e Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., 2001.
- MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. *Revista Direito e Liberdade*, v. 14, n. 1, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Cristina Murachco (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n° 231, jan./mar. 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: *Grandes temas do Direito Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. CARLIN, Volnei Ivo. (Org.). Florianópolis: Millennium, 2009.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015.
- RAO, Vicente. Os Poderes Legislativo e Executivo e a elaboração e expedição de normas obrigatórias – A legislação governamental ou delegada e os regulamentos – A natureza jurídica dos regulamentos e suas conseqüentes limitações. In: *Separata - Estudos Jurídicos em nome de Soriano Neto* - vol. I. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1962.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília: Imprensa

Oficial, vol. 7, n. 72, mai. 2005, p. 11-17. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/download/50/113>, acesso em 18 jun 2016.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto!* 2ª ed. São Paulo: Baraúna, 2016.

VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano VIII, n. 43-44, jul./dez. 1977.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena**

¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?

**Free Prior and Informed Consent in the context of Extractive Projects in Indigenous Territory:**

General Rule And International Customary Law?

Cristóbal Carmona Caldera

# Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?\*

## Free Prior and Informed Consent in the context of Extractive Projects in Indigenous Territory: General Rule And International Customary Law?

Cristóbal Carmona Caldera\*\*

### Resumen

En el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena en América Latina, el Consentimiento, Libre, Previo e Informado (CLPI) supone una salvaguarda relevante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, como muestra actualmente la práctica en América Latina, su significado es objeto de disputa sobre cuestiones claves, como cuándo procede o cuál es su estatus en el derecho internacional. En este contexto, el objetivo de este artículo es analizar dos respuestas que se han dado en doctrina a dichas interrogantes: la primera, es la que señala que el CLPI procede siempre que se pretenda instalar un proyecto en tierras de propiedad indígena, con independencia de la magnitud de impactos que genere; la segunda, es la que argumenta que el CLPI habría “cristalizado” ya en una norma de derecho consuetudinario internacional. Con todo, un análisis detenido de ambas argumentaciones revela graves problemas no solo con el uso de fuentes, sino relacionado a inconsistencias internas en su estructura, lo que, se sostendrá, impide que puedan ser consideradas jurídicamente plausibles. Este resultado permitirá contribuir a la clarificación de los conceptos principales del CLPI, al mismo tiempo que pondrá sobre la palestra la relativa (in)utilidad que tiene para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el perseverar en interpretaciones que dejen fuera la voluntad estatal.

**Palabras clave:** Consentimiento Libre Previo e Informado; Pueblos Indígenas; Derecho Internacional de los Derechos Humanos

### Abstract

In the context of extractive projects in indigenous territory in Latin America, Free Prior and Informed Consent (FPIC) represents a relevant safeguard for the protection of the rights of indigenous peoples. However, as practice in Latin America currently shows, its meaning is being contested in different ways, such as which is its trigger mechanism or what is its status

\* Recibido em 08/01/2020  
Aprovado em 08/01/2020

\*\* Cristóbal Carmona Caldera. Investigador Asociado, Universidad Diego Portales (Santiago, Chile); cristobal.carmonac@mail.udp.cl

in international law. In this context, the objective of this article is to analyze two answers that have been given to these questions: the first one, indicates that FPIC is mandatory whenever it is intended to install a project on indigenous property lands, regardless of the magnitude of the impacts it generates; the second one, argues that FPIC have already “crystallized” into a norm of international customary law. However, a thorough analysis of both arguments reveals serious problems not only with the use of sources, but also related to internal inconsistencies in their structure, which, it will be argued, prevents them from being legally correct. If this is correct, this investigation will contribute to the clarification of the main concepts of FPIC, at the same time that it will put on the forefront the relative usefulness that it has for the protection of the rights of indigenous peoples, to persevere in interpretations that does not take into account the state will.

**Keywords:** Free Prior and Informed Consent; Indigenous Peoples; International Human Rights Law

## 1 Introducción

En un artículo reciente relativo a la práctica del derecho a consulta en América Latina, Almut Schilling-Vacaflor identificaba al “consentimiento”, como el objeto de disputas en la región:

In general, indigenous and Afro-descendant communities and organizations have argued that they should have the right to oppose projects that would affect their (subnational) territories, demanding that states and corporations accept their decision as binding (...) In contrast, state governments have argued that they are entitled to take the final decision about extraction projects in their (national) territory<sup>1</sup>.

Pero, evidentemente, no se trata de solo una disputa política. Junto a ello, agrega la autora, ambos grupos de actores han respaldado sus puntos de vista y convicciones muchas veces haciendo uso selectivo de normas internacionales o expresando su propia interpretación de estas<sup>2</sup>.

Este último punto es importante. Y es que no es baladí que, a más de diez años de la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas (DNUDPI o Declaración), a la fecha sigue sin haber mucha claridad acerca de algunos elementos claves del Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI)<sup>3</sup>. Entre las principales características “disputadas” se pueden encontrar las relativas a la naturaleza legal<sup>4</sup>, los efectos<sup>5</sup>, los mecanismos de activación<sup>6</sup> y el estatus internacional de este derecho<sup>7</sup>. Ante este panorama, todavía parece ser válida la afirmación que S.J. Rombouts hiciera algunos años atrás, en sentido que “the relevant laws, norms, and practices are in a dynamic phase of definition”<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta la situación de América Latina, esta

<sup>1</sup> SCHILLING-VACAFLO, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springe, 2019, pp. 311-337, p. 331.

<sup>2</sup> SCHILLING-VACAFLO, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springe, 2019, pp. 311-337, p. 331.

<sup>3</sup> EXPERT MECHANISM ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES (EMRIP). Concept Note. Issues for consideration in the preparation of a study on the theme of free, prior and informed consent, as comprised in the Declaration on the rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/StudyConceptNote.pdf>. Visitado el: 24 de feb. 2018.

<sup>4</sup> Ver, en general, DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015.

<sup>5</sup> Mientras hay autores que señalan que da derecho para no dar consentimiento respecto de un proyecto en su totalidad (GILBERT, Jérémie. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, pp. 240-243), otros entienden que el consentimiento solo puede ser requerido respecto de aquellos aspectos del proyectos que afectan materialmente a los derechos de los pueblos indígenas (ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464. 2017).

<sup>6</sup> Ver sección N°2.

<sup>7</sup> Ver sección N°3.

<sup>8</sup> ROMBOOTS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 415.

“deriva de interpretaciones” no es trivial, especialmente porque deja abierto el campo semántico-normativo a posibles instrumentalizaciones del derecho por parte de los estados<sup>9</sup>.

A consecuencia de esto, en los últimos años distintos autores y autoras han tratado de hacer frente a este conjunto de problemas. En este trabajo, me gustaría discutir brevemente las respuestas que dos de ellos, a saber, Mattias Åhrén y Cathal Doyle, han dado a las interrogantes vinculadas a los mecanismos que “gatillan” el CLPI y a su estatus en el derecho internacional.

A pesar de que tienen diferentes enfoques para tratar estos temas, ambos están de acuerdo en intentar reforzar y ampliar los derechos de los pueblos indígenas, basándose principalmente en una lectura expansiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de los órganos de tratados de derechos humanos de la ONU, las cortes regionales y, ocasionalmente, en algunas prácticas relevantes -aunque escasas- de los estados. Sin negar la relevancia que podría tener el uso de estas fuentes y técnicas interpretativas en un contexto determinado, intentaré mostrar cómo, tal como se utilizan en estos casos, no pueden respaldar las conclusiones a las que llegan los autores. Y, si estoy en lo correcto, entonces de aquí se derivaría la necesidad de al menos pensar sobre la (in)utilidad de perseverar en este tipo de interpretaciones, como forma de avanzar en el cumplimiento del CLPI<sup>10</sup>.

Para lograr este objetivo, comenzaré (2) revisando la postura de Mattias Åhrén sobre cómo actualmente se puede entender al CLPI como una “regla general”. Luego, (3) abordaré la posición sostenida por Doyle, que consideraría al CLPI como una norma de derecho consuetudinario internacional -aunque la presente de manera ligeramente distinta-. Concluiré (4) con algunas reflexiones acerca de la conveniencia del tipo de argumentación desplegada por estos autores, y la necesidad de explorar un enfoque más pragmático de estos temas.

## 2 ¿El CPLI como regla general?

Es sabido que muchas de las aprensiones que se suscitaron en la revisión del Convenio N°107 de la OIT (Convenio N°107) que llevaría a la adopción del Convenio N°169 en 1989, tuvieron que ver con la posibilidad de que se otorgase a los pueblos indígenas una especie de “derecho a veto”<sup>11</sup>. La misma letanía de aprensiones tuvo lugar durante los más de 20 años de discusiones de la DNUDPI e, incluso, en las adhesiones posteriores a la Declaración<sup>12</sup>.

En un contexto como este, tampoco debiese sorprender que exista controversia sobre las circunstancias que “gatillan” o “activan” este deber. Puede notarse, por ejemplo, que cada uno de los dos principales ejemplos de CLPI que existían antes de la adopción de la Declaración -es decir, el art. 16N°2 de la OIT 169 y la Recomendación General XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés)-, tienen un mecanismo de activación diferente: mientras que en el art. 16N°2 el CLPI sólo opera en casos de reubicación, en la Recomendación General XXIII se aplica antes de cualquier decisión

<sup>9</sup> Como señalaba Larsen a propósito del derecho a consulta: “If there are calls for clarity and implementation, there appears to be an imminent risk of government-driven clarification implying business facilitation rather than a comprehensive approach to indigenous rights grounded in social justice”. LARSEN, Peter. Contextualising ratification and implementation: a critical appraisal of ILO Convention 169 from a social justice perspective. *The International Journal of Human Rights*, p. 6, 2019. Disponible en: DOI: 10.1080/13642987.2019.1677613. Visitado el: 23 dic. 2019.

<sup>10</sup> Por supuesto, no se trata de desechar completamente este tipo de hermenéutica, la que, después de todo ha tenido una importancia fundamental en el desarrollo de determinados derechos, como el Derecho Fundamental a la Identidad Cultural (FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 9, N°2, pp. 513-535, ago, 2019). Se trata, más bien, de pensar crítica y pragmáticamente sobre la misma.

<sup>11</sup> Ver DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 83-86.

<sup>12</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 161-165.

“directly relating to their rights and interests”. Así, por un lado, el CLPI es visto como un requerimiento “excepcional”, el cual aplica sólo en un caso específico relacionado con un efecto sustantivo sobre los derechos de los pueblos indígenas; por otro, se concibe como la “regla general”, la cual siempre se aplica frente a las decisiones del estado concernientes a los asuntos de los pueblos indígenas, sin importar el grado de impacto de esas decisiones.

Esta distinción, que se remonta por lo menos dos décadas atrás, sigue representando los dos polos de la actual discusión sobre las condiciones que se deben cumplir para entender que se “gatilla” la obligación, que ha cobrado especial fuerza después de la adopción de la DNUDPI.

Frente a ella, la propuesta Mattias Åhrén se acerca más a la perspectiva del CERD, pues sostiene que el CLPI operaría como una “regla general” en determinados escenarios. Para analizar su postura, (2.1) comenzaré examinado el llamado “enfoque de escala gradual” (“sliding scale approach”) en derecho internacional, en donde el CLPI aparecería como un caso “excepcional”, reservado solo para aquellas afectaciones más graves a los derechos de los pueblos indígenas; luego, (2.2) pasaré a exponer y criticar la teoría de Åhrén sobre el tema, la que, ya se dijo, invierte la idea, erigiendo al CLPI en una especie de “regla general” para todo proyecto que pretenda instalarse en terrenos tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas.

## 2.1 El consentimiento como excepción: el “enfoque de escala gradual”

Según se veía al inicio de este trabajo, pregunta recurrente al momento de enfrentar el derecho a consulta, tiene que ver con qué pasa -en términos normativos, por supuesto- si es que no se obtiene el acuerdo de las comunidades involucradas ¿El Estado puede seguir adelante con la medida? ¿O, en cambio, la falta de consentimiento es vinculante para el Estado de forma tal que, sin aquél, no se puede realizar la medida?

Hace algunos años, abordando este tema Raquel Yrigoyen proporcionaba una respuesta que puede ser ideal para comenzar esta indagación. La autora peruana diferenciaba el “consentimiento como ‘finalidad’ de un proceso de consulta, de aquel como ‘requisito’ para que el Estado tome una decisión”<sup>13</sup>. De acuerdo al primero, “el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aun instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado para tomar una decisión”<sup>14</sup>. Empero, en determinadas situaciones -como aquellas en donde se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como en las relocalizaciones- “el consentimiento no solo es el horizonte o la finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión”<sup>15</sup>.

La distinción entre “consentimiento como finalidad” y “consentimiento como requisito” que propuso Yrigoyen denota ya lo que en derecho internacional se conoce como el “sliding scale approach”, en donde se vincula -a decir de Baressi- “the issue of FPIC with the nature of and effects that a proposed initiative will have on their fundamental human rights”<sup>16</sup>. Esta diferenciación encuentra un correlato jurídico tanto en el Convenio N°169 como en la DNUDPI.

En el Convenio N°169, el “consentimiento” se encuentra en dos disposiciones, a saber, los arts. 6N°2 y 16N°2. En el primero, el consentimiento aparece como objetivo a conseguir (“con la finalidad de (...) lograr

<sup>13</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>14</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>15</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>16</sup> BARELLI, Mauro. *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. New York: Routledge, 2016. p. 39.

el consentimiento acerca de las medidas propuestas”); en el segundo, en tanto, como elemento sin el cual -en primera instancia, al menos- no se puede llevar adelante la acción propuesta por el Estado (“sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”). La Declaración, en tanto, utilizaría una fórmula similar. En efecto, el CLPI aparece, en el contexto en donde se requeriría algún tipo de participación de los pueblos indígenas<sup>17</sup>, en cuatro artículos. En dos de ellos, los arts. 19 y 32Nº2, la obligación que se predica para el Estado es la de consultar en orden a obtener el consentimiento (“consultar (...) a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”); en los dos restantes, arts. 10 y 29Nº2, el consentimiento aparece como *conditio sine qua non* para la realización de la medida (“No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado”; “no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos (...) sin su consentimiento libre, previo e informado.”).

Bajo esta argumentación, la regla general en los procesos de consulta sería que fuesen desarrollados con el objetivo de lograr u obtener el consentimiento, pero en al menos dos casos -relocalización y depósito de materiales peligrosos-, el consentimiento operaría como elemento necesario (requisito) para llevar a cabo la medida<sup>18</sup>.

Adicionalmente, diversos órganos de tratado internacionales y regionales, elaborando sobre la lógica esbozada arriba, han entendido -aunque no de manera consistente- que el consentimiento como “requisito” se daría en aquellos casos en que los impactos son tales, que pueden poner en riesgo la supervivencia física y cultural del grupo. De estas decisiones, quizás la más conocida sea la expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Saramaka v. Surinam*. Acá, en su pronunciamiento sobre el fondo de finales de 2007, la Corte indicó que, “regarding large-scale development or investment projects that would have a major impact within Saramaka territory, the State has a duty, not only to consult with the Saramakas, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions”<sup>19</sup>. Esta decisión fue replicada dos años más tarde por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), en el caso *Endorois v. Kenya*<sup>20</sup>.

Distintos órganos del sistema de protección universal de derechos humanos se han pronunciado en la misma línea. Así, en *Poma v. Perú*, el Comité de Derechos Humanos, ante un proyecto del estado peruano que había modificado el régimen hídrico de vegas y bofedales, provocando el desecamiento y degradación de la vegetación necesaria para el desarrollo de las actividades tradicionales de subsistencia (pastoreo) de una comunidad aymara, el Comité estimó que, respecto de aquellas medidas “which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community (...) requires not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community”<sup>21</sup>. De igual forma, aunque quizás de manera menos nítida que en los casos anteriores, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en su Comentario General N° 21, ha señalado que “States parties should obtain their free and informed prior consent when the preservation of their cultural

<sup>17</sup> El CPLI también aparece en los arts. 11Nº2 y 28º2, pero como forma de cualificar la propiedad cultural y territorial que sería objeto de reparación.

<sup>18</sup> Esta conclusión se alinea con lo señalado por James Anaya, en su calidad de UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (Special Rapporteur), el año 2009: “The Declaration recognizes two situations in which the State is under an obligation to obtain the consent of the indigenous peoples concerned, beyond the general obligation to have consent as the objective of consultations. These situations include when the project will result in the relocation of a group from its traditional lands, and in cases involving the storage or disposal of toxic waste within indigenous lands (arts. 10 and 29, para. 2, respectively)”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July 2009, para. 47.

<sup>19</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007, para. 134.

<sup>20</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, para. 291.

<sup>21</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Angela Poma Poma v. Perú*. Communication No. 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006. 24 April 2009, para. 7.6.

resources, especially those associated with their way of life and cultural expression, are at risk”<sup>22</sup>.

Visto lo anterior, pareciese al menos existir una tendencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), según la cual el deber de obtención del consentimiento respondería a una lógica de proporcionalidad en relación al grado afectación de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas<sup>23</sup>. Como lo resumió con claridad Rombouts:

Where the goal of (...) obligatory consultation processes should always be to obtain the free, prior and informed consent of the communities involved, in some cases obtaining FPIC [*Free Prior and Informed Consent*] may gain a more mandatory character. This appears to be the case when indigenous peoples are (a) relocated, (b) when hazardous materials are disposed or stored on their lands or territories, and (c) when large-scale development or investment projects have a significant or major impact within indigenous territories. The scope of FPIC is necessarily dependent upon the impact of the proposed decision and the nature of the rights involved<sup>24</sup>.

Ahora bien, es evidente que existen diferentes grados de fuerza normativa entre las fuentes que sustentan esta hipótesis y, por ende, que habrá cierta variabilidad en relación a qué tan exigible puede ser para un Estado una causal determinada. Dado que mi intención en este artículo no es ni defender ni clarificar esta postura, sino solo exponerla como contrapunto a la de Áhrén, no puedo detenerme mayormente en estos matices.

No obstante, es posible subrayar que desde un punto de vista “ascendente” del derecho internacional, la misma noción de “escala gradual” podría usarse para caracterizar estas diferencias entre las fuentes. Así -a riesgo de simplificar en demasía el argumento- el “desplazamiento” ocuparía un lugar preeminente como causal de CLPI, derivado de su existencia tanto en el Convenio N°169 como en la DNUDPI; el depósito de materiales peligrosos, en tanto, tendría un peso menor, por estar consagrado solo a nivel de “soft law”; y, en último lugar, la causal que versa sobre los proyectos que puedan producir un impacto significativo, puesto que, como se verá más adelante, incluso ha retrocedido en la jurisprudencia de los sistemas interamericano y africano.

## 2.2 De excepción a regla general: el CLPI en el caso de proyectos extractivos en territorio indígena

Se ha visto cómo la jurisprudencia de ciertos órganos de tratado ha agregado una causal más a las que se pueden encontrar en los textos del Convenio N°169 y de la DNUDPI, cual es, *grosso modo*, el desarrollo de proyectos de inversión que puedan poner en riesgo o afectar severamente la sustentabilidad física y/o cultural de los pueblos indígenas.

Ahora bien, como ha notado el mismo Rombouts, este es muchas veces el caso cuando se trata de proyectos de extracción de recursos naturales en territorio indígena<sup>25</sup>. En razón a ello, en los últimos años autores como Doyle<sup>26</sup> o Gilbert<sup>27</sup> han sostenido que el CLPI procede *siempre* frente a proyectos extractivos

<sup>22</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General comment No. 21. Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). E/C.12/GC/21, para. 55.c.

<sup>23</sup> INTER-AMERICAN COMMISSION OF 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, para. 333.

<sup>24</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 414.

<sup>25</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 224.

<sup>26</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 158 y 159.

<sup>27</sup> GILBERT, Jérémic. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law: From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016pp. 240-243.

de recursos naturales existentes en territorios indígenas; esto es, independiente del nivel de impacto. Uno de los autores más recientes en sostener una tesis parecida es Mattias Åhrén, quien en su libro *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*<sup>28</sup>, señala que:

In summary, indigenous communities' property rights over territories traditionally used award them with a right to withhold or offer their consent to competing activities that seek access to their territories<sup>29</sup>.

A primera vista, la teoría del autor escandinavo se separa de las referidas por Doyle y Gilbert en al menos dos cuestiones: por una parte, su fundamento se encuentra en el derecho de propiedad y no, en el derecho a la libre determinación; por otra, mientras dichos autores limitan su tesis a industrias extractivas, para Åhrén no habría limitación *a priori* respecto de la naturaleza de la actividad, no obstante casi la totalidad de los ejemplos de jurisprudencia de organismos internacionales que cita, se refieren a este tipo de industrias<sup>30</sup>. Con todo, la coincidencia es importante en torno al hecho de que, toda vez que una industria se quiera instalar en territorio tradicionalmente ocupado por pueblos indígenas, se requerirá obtener el CLPI de dichos pueblos; en otras palabras, a diferencia de lo planteado en el apartado anterior, el consentimiento como “requisito” operaría acá como *regla general*.

Es en torno a tres dimensiones argumentativas que Åhrén sustentaría dicha conclusión: (2.2.1) el derecho de propiedad indígena; (2.2.2) la jurisprudencia de diversos órganos de DDHH; y (2.2.3) lo dispuesto por el art. 32 de la Declaración. Cada una de estas será examinada a continuación con cierto detalle.

Antes de comenzar, eso sí, es menester efectuar una breve prevención. En lo que sigue, se verá que Åhrén utiliza diversas fuentes de derecho internacional de manera des-diferenciada. Esto, que de todas formas tiene problemas serios en lo que se refiere al uso de las fuentes en derecho internacional, podría tener cierto sentido dentro de las premisas hermenéuticas “descendentes” en las que se basa su trabajo. Por lo mismo, y aun cuando el presente análisis se haga desde una postura que se puede llamar, a falta de un mejor término, “ascendente”, intentaré enfocarme en la coherencia interna de sus argumentaciones, bajo la creencia que una crítica de este tipo puede ser más iluminadora al momento de evaluar la plausibilidad jurídica de su teoría.

### **2.2.1 Derecho de propiedad, uso tradicional y consentimiento**

Åhrén parte del supuesto que, en base principalmente al artículo 26 de la DNUDPI -al que considera derecho consuetudinario-, los pueblos indígenas tendrían un derecho de propiedad sobre los territorios que tradicionalmente ocupan<sup>31</sup>: “if the community has traditionally used a land area and natural resources there in manners customary to its culture, it has established a property right to the area”<sup>32</sup>, señala el autor escandinavo.

Bajo esa premisa, Åhrén subraya que uno de los elementos principales de todo derecho de propiedad es otorgar a su dueño la prerrogativa de determinar quién puede acceder a su tierra. Y, dado que los derechos de propiedad sobre territorios usados tradicionalmente otorgan el mismo estatus legal que un título inscrito, las comunidades tienen entonces, el mismo derecho que otros a otorgar o no su consentimiento a terceras partes que quieran ingresar a sus tierras<sup>33</sup>. Asimismo, señala Åhrén, “international sources do affirm that indigenous communities' property rights over territories bestow them with a right to deny third parties access to such lands”<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

<sup>29</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>30</sup> De igual forma casi la totalidad de los ejemplos de jurisprudencia de organismos internacionales que cita, se refieren a este tipo de industrias. ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 203-205.

<sup>31</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 203.

<sup>32</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

<sup>33</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

<sup>34</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

Hay distintos problemas con esta teoría. Por una parte, difícilmente se podría concluir que el art. 26 de la DNUDPI constituye derecho consuetudinario internacional<sup>35</sup>; por otra, el autor ignora que los regímenes de tierras son distintos entre la DNUDPI y el Convenio N°169<sup>36</sup>, lo que implicaría que en los países en que está vigente este tratado la teoría de Åhrén se vería severamente restringida. Pero incluso si hace caso omiso de estos problemas, la teoría sigue sin convencer.

Esto es así porque, del hecho que tengan derecho de propiedad sobre los territorios que tradicionalmente ocupan, *no implica que dicho derecho no pueda ser restringido sin su consentimiento*. La misma DNUDPI en su art. 46N°2 establece expresamente esta posibilidad<sup>37</sup>, al igual que lo hacen los números 1 y 2 del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>38</sup> y, por supuesto, así lo ha fallado la Corte IDH<sup>39</sup>.

Åhrén reconoce esto, denominándolo como la “excepción a la regla general” del consentimiento, que en este caso tomaría la forma de una expropiación, la cual -siguiendo lo establecido por la Corte IDH en *Saramaka*<sup>40</sup>- además de estar establecida por ley, debiese cumplir con los objetivos de perseguir un fin legítimo y que sea proporcional<sup>41</sup>. Al respecto, Åhrén argumenta que, para un Proyecto extractivo, sería muy difícil cumplir a la vez con ambos requisitos. Así, explica, es probable que solo un proyecto extractivo de gran escala pueda cumplir con una necesidad social legítima; pero, por regla general, esta extracción a gran escala seguramente afectará de manera significativa al territorio de la comunidad indígena, por lo que no cumpliría con el criterio de proporcionalidad<sup>42</sup>. En suma, aun cuando se pueda restringir el derecho de propiedad sin su consentimiento, ello difícilmente se lograría en la práctica, por lo complejo que sería cumplir con estos dos requisitos de manera simultánea.

De acuerdo a lo anterior, si se acepta la hipótesis que los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre los territorios utilizados tradicionalmente, hay dos conclusiones que se pueden extraer: primero, que tanto de lo dispuesto por el DIDH como de la propia teoría de Åhrén, *si se pueden realizar proyectos* en su territorio *sin el consentimiento* de los pueblos indígenas -con lo que se hace difícil sostener que el derecho de propiedad pueda servir para establecer que estos pueblos tienen el derecho a dar o no su consentimiento para el ingreso de industrias a su territorio-; segundo, que aun si el proyecto no se puede realizar, ello *no sería por la falta de consentimiento de los pueblos indígenas*, sino simplemente por no obedecer la medida a un fin legítimo o no ser proporcionada, con lo que el consentimiento de estos pueblos no funciona como un estándar normativo con el cual los Estados debiesen cumplir al momento de autorizar o no el ingreso a los territorios indígenas.

En suma, el eventual derecho de propiedad que los pueblos indígenas pudiesen tener sobre los territorios que tradicionalmente ocupan, no podría sustentar por sí mismo la teoría de que se requiere, como regla general, el CLPI para permitir el desarrollo de proyectos extractivos en estos territorios.

<sup>35</sup> “At the moment (...) the current body of evidence seems to imply only a generally recognized principle that states must create some protections for indigenous ancestral land”. KORMAN, Seth. *Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law*. *University of Hawaii Law Review*, Hawaii, Vol. 32, N°391 pp. 391-462. 2010, p. 461.

<sup>36</sup> GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors*. Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, p. 270.

<sup>37</sup> 46N°2. “(...) El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

<sup>38</sup> “21N°1 (...) La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 21N°2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

<sup>39</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*. Judgment of November 28, 2007, para. 127-134.

<sup>40</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*. Judgment of November 28, 2007, para. 127.

<sup>41</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 206-213.

<sup>42</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

## 2.2.2 El CLPI como “regla general” en la jurisprudencia internacional

Como se indicó arriba, según Åhrén, “international sources do affirm that indigenous communities’ property rights over territories bestow them with a right to deny third parties access to such lands”<sup>43</sup>. Para demostrarlo, efectúa una serie de citas a pronunciamientos de diversos órganos que sustentarían dicha aserción, entre los que destacan los pronunciamientos del CERD sobre la situación de diversos países.

En este punto, pareciera tener razón Åhrén cuando sostiene que, en su mayoría, las opiniones del CERD han afirmado que los Estados deben asegurar que el consentimiento de las comunidades indígenas no es solamente buscado, sino también obtenido, antes de que terceros puedan entrar a sus territorios<sup>44</sup>. Como se puede observar de los informes citados por el autor, el fundamento para ello se encuentra en la Recomendación general XXIII. Según se vio arriba, por esta recomendación el Comité llama a los estados parte a asegurar, entre otras cosas, “that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent”<sup>45</sup>. En esta recomendación, que habría sido tomada en consideración a la magnitud del problema de privación de tierra al que se veían afectos los pueblos indígenas, efectivamente se encuentra una concepción de CLPI como “regla general”, esto es, sin referencia a un nivel de impacto determinado. Con todo, si se mira con cuidado, aun cuando tanto las observaciones a los países como la Recomendación general no ahondan en las razones para sustentar este tipo de regla, en el caso de las observaciones, sí se indicaría que ello tendría lugar a propósito de la presencia de proyectos extractivos<sup>46</sup> y de las afectaciones que tendrían los proyectos llevados a cabo en su territorio sobre sus derechos<sup>47</sup> y no, como querría Åhrén, en virtud del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

Algo similar ocurriría con la que, a primera vista, sería la referencia más cercana a la postura de Åhrén, a saber, aquella manifestada por James Anaya en su faceta de Relator Especial para los derechos de los pueblos indígenas el 2013 -ello, a pesar de que en los últimos años Anaya habría moderado su postura<sup>48</sup>-. En este informe, al referirse a los proyectos extractivos dentro de los territorios indígenas, Anaya establece como regla general “that extractive activities should not take place within the territories of indigenous peoples without their free, prior and informed consent”<sup>49</sup>. Eso sí, a diferencia de Åhrén, para Anaya, esta regla general se derivaría del papel que juega el CLPI como salvaguardia de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, y del hecho que, dada “the invasive nature of industrial-scale extraction of natural resources, the enjoyment of these rights is invariably affected in one way or another when extractive activities occur within indigenous territories”<sup>50</sup>. Como se puede ver, para Anaya, el fundamento para exigir el consentimiento siempre

<sup>43</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

<sup>44</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

<sup>45</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples. A/52/18, annex V, para 4.d.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en el caso de Ecuador que cita Åhrén, el CERD “urges the State party to enforce the Consultation and Participation Act fully in practice and, in light of its general recommendation 23, section 4 (d), consult the indigenous population concerned at each stage of the process and obtain their consent in advance of the implementation of projects for the extraction of natural resources”. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador. CERD/C/EQU/CO/19. 22 September 2008, para. 16.

<sup>47</sup> Así se lee en los comentarios a Canadá que cita el autor, en donde el Comité solicita implementar “in good faith the right to consultation and to free, prior and informed consent of Aboriginal peoples whenever their rights may be affected by projects carried out on their lands, as set forth in international standards and the State party’s legislation”. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada. CERD/C/CAN/CO/19-20. 4 April 2012, para. 20 (a).

<sup>48</sup> “In keeping with the safeguard role of the duty to consult, as a general rule, consent by indigenous peoples is required whenever their substantive rights over lands and resources, their rights to culture and religion, their right to set their own development priorities, or other internationally recognized rights will be materially and substantially affected by the measure promoted by the state”. ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464, 2017, p. 461. Énfasis agregado.

<sup>49</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 27.

<sup>50</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extrac-

en casos de emplazamiento de industrias extractivas en territorio indígena es independiente de la propiedad que puedan tener estos pueblos sobre sus territorios<sup>51</sup>. Se basa, en cambio, en los probables impactos que la instalación de este tipo de industrias tendría sobre diversos derechos sustantivos de los pueblos indígenas, lo que se encuentra bastante alejado de la concepción de Åhrén.

Más allá de estos pronunciamientos, lo cierto es que el resto de “jurisprudencia” citada por el autor no lo faculta para sostener de manera convincente su tesis, ni siquiera en lo que concierne a que el consentimiento opera como *regla general*. Así, en la observación del CDESCR sobre Colombia a la que hace mención, si bien el Comité recomienda al Estado que adopte legislación que establezca con claridad el CPLI, indica explícitamente que ello debe ser hecho *en conformidad* con lo dispuesto en la ILO 169 -en donde, se sabe, el consentimiento opera como “requisito” solamente respecto del caso de desplazamiento-, y lo resuelto por la Corte Constitucional -la que, en su sentencia más avanzada a esa fecha, adhiere a un CLPI que procede ante impactos de gran magnitud sobre las comunidades indígenas<sup>52</sup>.

Por otra parte, en lo referente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Åhrén cita dos casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a saber, *Mary and Carrie Dann v. United States* y *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*<sup>53</sup> que se alinearían con su postura. Sin embargo, el autor omite a este respecto la jurisprudencia posterior de la Corte IDH. Ello es importante por dos razones. La primera, porque como ya se revisó, en *Saramaka v. Surinam*, la Corte IDH adhirió a un estándar en donde se requería una grave afectación de los pueblos indígenas para gatillar del CLPI. La segunda, porque desde ese entonces, como se indicará abajo, la Corte IDH *no ha vuelto a reiterar el requisito del consentimiento*. De esta forma, la presentación de dos casos de la CIDH aparece como extremadamente parcial.

Al fin, salvo las observaciones del CERD y del Relator Especial -con las prevenciones efectuadas en cada caso-, el examen a las referencias de Åhrén no solo denota una revisión jurisprudencial incompleta, sino incluso que una parte de la jurisprudencia citada no ampararía consistentemente la postura del consentimiento como regla general.

### 2.2.3 El art. 32 de la DNUDPI

El último argumento a revisar, dice relación con la lectura que sugiere el autor que se puede hacer del art. 26, a la luz del art. 32, ambos de la Declaración. Al respecto, a pesar de que el autor reconoce que el art. 32 es una disposición vinculada más a la libre determinación que a la propiedad, de igual forma sostiene que “it lends certain support to the general idea that third party access to indigenous territories presupposes approval”<sup>54</sup>.

La impresión de Åhrén de que el art. 32 prestaría un tipo de apoyo a la idea de que el acceso de terceros a territorio indígena requeriría la aprobación de estos, descansaría simplemente en la reproducción parcial del texto del artículo, que Åhrén cita de la siguiente forma:

(...) [s]tates shall ... [consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to]<sup>55</sup> obtain [indigenous peoples'] free and informed consent prior to the approval of any Project affecting their lands and territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources.

tive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 28.

<sup>51</sup> Ello, pues cuando se refiere a “territorio”, abarca también aquellas áreas “that are of cultural or religious significance to them or in which they traditionally have access to resources that are important to their physical well-being or cultural practices”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 28.

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-769/09, de 29 de octubre de 2009.

<sup>53</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>54</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>55</sup> Esto corresponde a la parte omitida por Åhrén.

Como se puede apreciar, la parte omitida es precisamente aquella que señala que el deber de los estados no es, como sugiere Åhrén, “obtener el consentimiento”, sino en realidad “consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent”. De esta forma, se trata, como se precisó arriba y se verá más adelante, de una regla en donde el consentimiento opera como “finalidad” y no como “requisito”, por lo que malamente podría venir en apoyo a su postura.

En suma, parece evidente que la postura de Åhrén presenta una serie de inconsistencias internas que hacen que, a fin de cuentas, no pueda ser sostenida jurídicamente. Y, si esto es así, entonces pareciera ser que aquel “enfoque de escala gradual” que referí al inicio, todavía sería la hipótesis más plausible en este concierto -ello, claro está, teniendo en cuenta que su nivel de plausibilidad dependerá asimismo del tipo de causal invocada dentro de esa escala-.

### 3 ¿La costumbre internacional sin Estado?

El segundo problema que se identificó arriba, se recordará, tenía que ver con el posible estatus del CLPI como norma consuetudinaria. Por ende, toca ahora abocarse a revisar la teoría de Cathal Doyle relativa a que el consentimiento estaría alcanzando -o derechamente ya habría alcanzado- un estatus de este tipo.

Con este objetivo, comenzaré este apartado examinado someramente (3.1) los elementos que se requieren para dar cuenta de la existencia de una costumbre internacional; para luego (3.2) presentar algunos puntos de la doctrina contemporánea en torno a la posibilidad de que ciertos derechos consagrados en la DNUDPI constituyan costumbre internacional. A continuación, (3.3) analizaré los argumentos que presenta Doyle para sustentar la tesis ya mencionada.

#### 3.1 La costumbre en el Derecho Internacional Público

Como se sabe, la DNUDPI, al ser una resolución adoptada por la AGNU -y no ser de carácter presuestario-, tiene la naturaleza jurídica de una recomendación, lo que significa que no sería legalmente vinculante para los estados<sup>56</sup>.

Partiendo de este hecho básico, una parte importante de la doctrina ha buscado -con cierta ansiedad- diversos enfoques que permitiesen entender que los derechos consagrados en la Declaración sí son, de alguna u otra forma, obligatorios. Una vía recurrente -defendida con dispar suerte-, ha sido la de indicar que, como refirió James Anaya en su reporte a la AGNU el 2013:

(...) some aspects of the Declaration — including core principles of non-discrimination, cultural integrity, property, self-determination and related precepts that are articulated in the Declaration — constitute, or are becoming, part of customary international law (...)<sup>57</sup>.

El asegurar que ciertos derechos o principios se han convertido, o están en vías de convertirse, en normas de derecho consuetudinario internacional, significaría que, independiente del carácter de “*soft law*” que pueda tener la Declaración, esta reflejaría obligaciones internacionales que los estados estarían obligados a cumplir<sup>58</sup>. Como lo intenta explicar Davis, bajo estos predicamentos, “it would seem that the Declaration

<sup>56</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Revised Edition. New York: Routledge, 1997, p. 4.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Rights of indigenous peoples. Note by the Secretary-General. A/68/317. 14 August 2013, para. 64.

<sup>58</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, p. 43, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

exists in an amorphous in-between state of constituting both a ‘non-binding’, influential and aspirational statement of soft law but equally an instrument that reflects already binding rules of customary international law”<sup>59</sup>. Sin embargo, así expresada, la tesis es compleja, especialmente si se considera el carácter controvertido que la propia categoría de “customary international law” ostenta.

Establecida como fuente de derecho internacional en el art. 38Nº1(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la costumbre internacional es conceptualizada por ese mismo artículo “evidencia de una práctica generalmente aceptada como derecho”; en función de lo anterior, la doctrina y la propia CIJ<sup>60</sup> mayoritariamente entienden que estaría constituida por dos elementos: el objetivo, de una “práctica general” y el subjetivo -o “espiritual”, como lo llamó Pastor Ridruejo<sup>61</sup>-, relativo a que dicha práctica sea “aceptada como derecho” -la llamada *opinio iuris*-.

No obstante, a pesar de su aparente sencillez, esta forma de determinar cuándo estamos frente a una costumbre internacional genera una serie de interrogantes teóricos y prácticos que todavía no es posible dilucidar, relativos a la base de la obligación, a qué cuenta como *opinio iuris*, a cómo algo puede ser “aceptado como derecho” antes de convertirse en derecho, entre otras<sup>62</sup>.

Lo anterior debiese bastar para mirar con cautela la posición representada en la afirmación de Anaya. Sin embargo, como se ha mencionado ya, un número significativo de autores ha seguido -con mayor o menor profundidad- una línea similar.

### 3.2. Los derechos establecidos en la DNUDPI como derecho consuetudinario internacional

En doctrina, es posible identificar al menos tres argumentos que se suelen utilizar -con mayor o menor claridad y profundidad- para sostener que ciertos derechos presentes en la UNDRIP ya se habrían “crystallizado” -o estarían en vías de serlo- en normas internacionales consuetudinarias, a saber:

- a) La abrumadora mayoría con la que se habría aprobado la Declaración -143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones-, junto con otras declaraciones o manifestaciones efectuadas por los estados en diferentes foros, servirían para inferir la existencia de *opinio iuris* en relación a ciertos derechos presentes en la misma -más todavía si se considera que, durante los años siguientes, los cuatro países que habían votado en contra (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda) manifestaron su apoyo a la DNUDPI<sup>63</sup>;
- b) Los reiterados pronunciamientos de distintos órganos de tratados -universales y regionales- aplicando derechos de los pueblos indígenas, representarían la existencia de un consenso internacional al respecto<sup>64</sup>; y

<sup>59</sup> DAVIS, Megan. To Bind or Not to Bind: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On. *Australian International Law Journal*, Vol. 3, pp. 17-48, 2012, pp. 40-44.

<sup>60</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya v. Malta). ICJ Report 1985, p. 29.

<sup>61</sup> PASTOR, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 2da edición ampliada y revisada. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 85.

<sup>62</sup> LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, Caps. 2 y 3.

<sup>63</sup> ANAYA, James & WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment? *Jurist*. 2007. Disponible en: <<http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>>. Visitado el 21 dic. 2017; BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 58, oct. 2009, Vol. 58, pp. 957-983, oct. 2009, pp. 967 y 968; e INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. Nº50, 2012, pp. 43 y ss., Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

<sup>64</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 102-132; e INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. Nº50, 2012, pp. 43 y ss., Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

- c) La creciente práctica de los estados a nivel doméstico e internacional daría cuenta de la presencia de los dos elementos requeridos para entender que estaríamos en presencia de una norma de derecho consuetudinario internacional<sup>65</sup>.

Presentados separados o conjuntamente, estos argumentos se encuentran en los escritos de la mayoría de los autores que se detienen a considerar el tema. Sin embargo, examinados con alguna detención, se puede ver que difícilmente podrían llevar a una conclusión como la buscada<sup>66</sup>.

Respecto a la posibilidad de entender que la DNUDPI sea evidencia de *opinio iuris*, si bien -como indicó la CIJ en Threat or use of nuclear weapons (Advisory Opinion)- las resoluciones de la Asamblea General “can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio iuris*”<sup>67</sup>, no sería sencillo sostener dicha afirmación a propósito de la Declaración.

De partida, como advertía Leopard, “it is important to examine carefully the wording and legal and political context of a resolution to determine to what extent it expresses state views about the immediate desirability of implementing a particular norm as a universally authoritative rule of law”<sup>68</sup>. En este orden ideas, si -como Voyiakis ha explicado- en un voto afirmativo se pueden encontrar al menos tres tipos distintos de intenciones, entonces quienes sostengan la importancia de estos para la existencia de una costumbre internacional:

(...) need to provide some explanation of how the various intentions States have when voting can be legitimately separated from one another and, assuming that some such separation is legitimate, which of those intentions is most significant for the purposes of international custom<sup>69</sup>.

Si se entra a analizar las votaciones en concreto, el resultado tampoco varía. Ya Xanthaki y Allen han señalado cómo incluso las declaraciones de estados que concurrieron con su voto a la adopción de la DNUDPI dejaban claro que no intentaban con ello crear una regla de derecho consuetudinario internacional<sup>70</sup>. De manera similar, los términos en los que los restantes cuatro estados manifestaron su posterior “apoyo” a la Declaración, recalcan la naturaleza aspiracional que tendría para ellos el documento y, de hecho, en los “statements” de Estados Unidos y Canadá<sup>71</sup> explícitamente se niega el carácter de “current international law” o “customary international law” a la DNUDPI<sup>72</sup>. Todavía más, el propio lenguaje de la Declaración no apoya su lectura como costumbre internacional<sup>73</sup>. Por lo mismo, incluso en el caso hipotético que hubiese sido adoptada por consenso, ello no sería suficiente para convertirla en costumbre<sup>74</sup>.

<sup>65</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, pp. 109 y 110; y KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010.

<sup>66</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, pp. 33-36.

<sup>67</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. ICJ Reports 1996, para. 70.

<sup>68</sup> LEARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 212.

<sup>69</sup> VIOYAKIS, Emmanuel. Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law? In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 209-223, p. 217.

<sup>70</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36; ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 226-256, p. 229.

<sup>71</sup> Como se sabe, el año 2017 Canadá formularía una adhesión si condiciones a la DNUDPI.

<sup>72</sup> TOKI, Valmaine. Indigenous Rights - Hollow Rights. *Waikato Law Review*. Vol. 29, N°2, pp. 29-43, 2011, pp. 32-36.

<sup>73</sup> “The Preamble ‘solemnly proclaims the [Declaration] as a standard of achievement to be pursued in a spirit of partnership and mutual respect’. Other phrases such as ‘a common standard of achievement’, striving ‘by teaching and education to promote respect’ and incorporating ‘progressive measures’ all point towards the view that the rights included are not to be legally binding”. XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>74</sup> Ver TESÓN Fernando. Fake Custom. In: LEARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 93, nota 16.

Tampoco parece lograr el objetivo referido la copiosa referencia que se suele hacer a los pronunciamientos de diversos órganos de tratados y de los sistemas regionales de derechos humanos<sup>75</sup>. En efecto, estas observaciones, informes, recomendaciones y sentencias se vinculan -no de manera fácil, por cierto- de diversas formas con ambos elementos de la costumbre. Anaya, por ejemplo, refiere a la CIDH y a la Corte IDH en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* como actores que han “contribuido a la consolidación de la *opinio iuris* de las normas de derecho consuetudinario internacional sobre el derecho de los pueblos indígenas a la tierra”<sup>76</sup>. El Interim Report de International Law Association es menos claro, citando este tipo de observaciones como “relevant international practice” que, junto con la práctica estatal, muestra que la protección de los derechos básicos de los pueblos indígenas ya se ha “cristalizado”<sup>77</sup>. Adicionalmente, en un estudio bastante más riguroso, Korman las vincula -no sin reconocer los problemas que ello supone- a ejemplos de *opinio iuris*<sup>78</sup>, para luego incluirlos dentro de la categoría un tanto espuria de lo que denomina “customary international law factors”<sup>79</sup>.

Aun cuando -como indicó el Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S.- para determinar si es que una regla se ha vuelto parte del derecho internacional, “substantial weight is accorded to (...) judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals”<sup>80</sup>, basarse primordialmente en observaciones de órganos de tratados para construir, ya sea evidencia de *opinio iuris*, o indirectamente alguna noción de práctica estatal, es bastante complejo. Ello no solo porque las observaciones de estos órganos no tengan carácter vinculante<sup>81</sup> -salvo en caso de la Corte IDH respecto a los partes en los casos contenciosos-, sino principalmente porque, al ser sus miembros expertos independientes y no agentes de gobierno, su opinión difícilmente podría proporcionar evidencia directa de *opinio iuris*<sup>82</sup>.

De igual forma, el cumplimiento de los estados a las observaciones/fallos de los órganos de tratado, difícilmente podría ser considerada como evidencia de la existencia de una norma de derecho consuetudinario, toda vez que ello se haría en cumplimiento de las normas del tratado correspondiente. Eventualmente, dado que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) contempla explícitamente esta posibilidad en su art. 38<sup>83</sup>, se podría alegar que una norma convencional puede convertirse en consuetudinaria. Pero esto no es fácil. Como indicó Malgosia Fitzmaurice en relación a lo complejo que podía ser tratar de ver los derechos del Convenio N°169 como derecho consuetudinario: “The creation of a norm of customary international law deriving from multilateral treaty is a very complicated process, subject to many stringent conditions and the existence of such a norm requires a high standard of proof”<sup>84</sup>. Como ejemplo de ello, en

<sup>75</sup> Del examen de los argumentos basados en estas decisiones o recomendaciones, es interesante relevar que, por regla general, se encuentran ausentes en ellos las interpretaciones efectuadas por la CEACR. Una razón para esto, podría ser que el carácter tripartito de la OIT, en la práctica lleve a efectuar recomendaciones más tradicionales al momento de interpretar los artículos del Convenio n. 169. Sin embargo, esta es una hipótesis que escapa al alcance del trabajo el poder demostrar.

<sup>76</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 125 y 126.

<sup>77</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012, p. 43. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

<sup>78</sup> KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 417- 420; 246 y 427.

<sup>79</sup> KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 456-458.

<sup>80</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S. 1987, para. 102.

<sup>81</sup> “These general comments, although not legally binding on state parties, should at least be regarded as having persuasive authority regarding interpretation of the obligations undertaken by states in that treaty”. LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

<sup>82</sup> LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

<sup>83</sup> Art. 38. “Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

<sup>84</sup> FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declara-

*North Sea Continental Shelf*, la CIJ estableció como “requisito indispensable” que la “práctica estatal”:

including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked;- and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved<sup>85</sup>.

Ninguno de los autores analizados llega a detenerse en un análisis detallado del nivel de cumplimiento de estas observaciones por parte de los estados, de manera que pudiese configurar “práctica estatal”.

Por otro lado, no deja de ser relevante el hecho que la misma jurisprudencia, observaciones y recomendaciones de los “treaty bodies” y otros organismos de derechos humanos a la que se suele hacer referencia, en su abrumadora mayoría no indiquen que la protección de los derechos de los pueblos indígenas tiene el carácter de “customary international law”. Las principales excepciones a esto serían, por un lado, la declaración formulada por la CIDH en su demanda al Estado de Nicaragua en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*<sup>86</sup> y, por otro, las afirmaciones generales que al respecto realizó James Anaya cuando se desempeñaba como Relator Especial. Sin embargo, vale recordar que, en el primer caso, dicha tesis no fue avalada por la Corte IDH en su decisión final -y, de hecho, no lo ha realizado en las sucesivas sentencias que, desde entonces, ha dictado en materia de derechos de propiedad indígena<sup>87</sup>-; en el segundo, sencillamente Anaya se limita a afirmar como Relator Especial, lo que desde hace años venía sosteniendo como académico<sup>88</sup>. Fuera de ello, lo más cercano a un juicio de este tipo ocurrió cuando, en *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH estimó que “the obligation to consult, in addition to being a treaty-based provision, is also a general principle of international law”<sup>89</sup>.

Finalmente, en lo referente a la existencia de una “práctica estatal” generalmente aceptada como derecho, se pueden identificar dos enfoques. El primero, que ha sido utilizado por Anaya, se basa en que “la comunicación explícita entre actores constituye un tipo de práctica que da lugar al surgimiento de normas consuetudinarias, incluso sin estar vinculada a acontecimientos concretos”<sup>90</sup>. Bajo esta premisa, comienza a hacer un recuento de una serie de manifestaciones -en el sentido amplio de la palabra- de distintos actores -grupos de expertos, entidades financieras internacionales, estados, órganos de tratado, etc.- en torno a la necesidad de protección de los derechos de los pueblos indígenas<sup>91</sup>, hasta concluir que este “entendimiento compartido que existe en torno a los derechos de los pueblos indígenas (...) puede caracterizarse como derecho consuetudinario internacional”<sup>92</sup>.

Como puede observarse, dentro de este enfoque, *todo* puede ser práctica estatal: los estudios, discusiones y preparaciones de declaraciones y convenios, una directiva del Banco Mundial, declaraciones de estados sobre iniciativas domésticas, una demanda de un órgano de tratado, etc. No hay distinciones entre el diverso “peso” que estas fuentes materiales de la costumbre pudiesen tener, ni explicación de qué forma cada una de

tion of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012, p. 233.

<sup>85</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf*. I.C.J. Reports 1969, p. 43.

<sup>86</sup> Reproducidas en INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations and Costs)*. 31 August 2001, para. 140.

<sup>87</sup> Véase sobre estas sentencias, LÓPEZ, Sebastián. *Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana*. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol 24, N°1, pp. 133-189, 2017, p. 133.

<sup>88</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 102-132.

<sup>89</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (Merits and Reparations)*. 27 June 2012, para. 164.

<sup>90</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 124.

<sup>91</sup> Desde la “práctica de elaboración de normas”, como las llevadas a cabo por el *UN Working Group on Indigenous Populations* y el *UN Working Group on the Draft Declaration on the rights of indigenous peoples*, conferencias de especialistas, la redacción y adopción de la ILO N° 169, el propio *Draft* de la Declaración, la adopción de la Directiva Operativa 4.20 del Banco Mundial, demandas de la Corte IDH, diversas resoluciones de conferencias de Naciones Unidas, del Parlamento Europeo y de la Organización de Estados Americanos (OEA), hasta “declaraciones orales y escritas de los gobiernos informando sobre las iniciativas adoptadas en el plano interno ante los organismos internacionales”. ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 106-131.

<sup>92</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 131.

ellas responderían a alguno de los elementos constitutivos de la costumbre. Como señaló críticamente Fernando Tesón: “The implication is that this repetition (by anyone -speakers, nongovernmental organizations, resolutions of academic conferences) turns the principle into a norm of customary law”<sup>93</sup>.

El otro enfoque, consiste en tratar de “anclar” su aserción en prácticas estatales concretas. Tómese por ejemplo el clásico trabajo -anterior a la DNUDPI- de Siegfried Wiessner. Para este autor, entre los diversos derechos que se habrían cristalizado en derecho consuetudinario internacional, se encontraría el que los pueblos indígenas “are, in principle, entitled to demarcation, ownership, development, control, and use of the lands which they have traditionally owned or otherwise occupied and used”<sup>94</sup>.

La revisión de la práctica estatal que efectúa, sin embargo, no permite apoyar dicha conclusión. En primer lugar, la muestra de países es escasa y -como notó Xanthaki- “overlooks the practices regarding indigenous peoples of states beyond the Americas, Australia and New Zealand”<sup>95</sup>; asimismo, la propia práctica descrita de los países revisados no es, en lo absoluto, uniforme, ni general, ni constante en torno a los mencionados derechos territoriales<sup>96</sup>; finalmente, tampoco se explica de qué forma dichas prácticas se harían en función de una regla de derecho internacional de carácter consuetudinario.

Dado lo no conclusivo que parecen las prácticas descritas, Wiessner termina recurriendo al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas llevados a cabo en la OIT, ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA) -en estos dos últimos casos, en razón de los “drafts” de la DNUDPI y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)-, además del Banco Mundial<sup>97</sup>. Luego, sin un análisis ulterior respecto a la posibilidad que tiene un tratado -en esa época ratificado por diez estados- de constituir derecho consuetudinario, cómo los “drafts” de las futuras declaraciones de la ONU y la OEA pudiesen ser evidencia de *opinio iuris*, o qué papel juega el Banco Mundial en la conformación de la costumbre, llega a afirmar que:

Today, many of these proposed or actual prescriptions, coinciding, as they do, with domestic state practice as documented above, have created a new set of shared expectations about the legal status and rights of indigenous people that has matured and crystallized into customary international law<sup>98</sup>.

Es, se ve, un movimiento similar al efectuado por la generalidad de los autores: agrupar distintas fuentes en un todo informe, de manera que dé la apariencia de una práctica relevante que responde a una necesidad jurídica. Empero, la práctica estatal, si se considera a nivel internacional, en realidad es poco frecuente y altamente heterogénea y, cuando existe, por lo general no obedece a la creencia de los estados en una regla o principio consuetudinario de derecho internacional, sino que a imperativos de orden doméstico -como el “Aboriginal Title” o “Native Title” desarrollado en ciertos países del “common law”- o al cumplimiento de tratados internacionales específicos -como la CADH o el Convenio N°169<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> TESÓN, Fernando. Fake Custom. In: LEPARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 92 y 93.

<sup>94</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, p. 109.

<sup>95</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>96</sup> Aun cuando diversas legislaciones en América Latina contengan algún tipo de protección respecto de tierras ocupadas o en propiedad de indígenas, a la época del estudio de Wiessner -y según la propia descripción que él realiza de estos países-, ni Colombia, ni Perú, ni Chile, ni Ecuador, ni Bolivia tenía alguna práctica semejante a la que él señala como costumbre internacional. Tal vez lo más semejante que se pudiese encontrar, sería la práctica del “*Aboriginal o Native Title*”, desarrollado en países del *Common Law* (Australia, Nueva Zelanda y Canadá). Sin embargo, ello no es tan claro si se considera lo relevado por Gilbert: “Whilst the common law theory supports the idea that some of the pre-existing land rights might have ‘survived’ colonization, the extremely high burden of proof put on the indigenous communities to prove the existence of such right to land, coupled with the extreme fragility of the such a right makes indigenous peoples victims of a legal system which does not recognize their full and natural rights to their lands and territories”. GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors*. Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, p. 103.

<sup>97</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, pp. 100-109.

<sup>98</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, p. 109.

<sup>99</sup> Para un examen acucioso de la práctica estatal, véase KORMAN, Seth. *Indigenous Ancestral Lands and Customary Interna-*

Por todo lo anterior, todavía parece pertinente la opinión formulada por Xanthaki hace algunos años, en el sentido que “viewing the Declaration or substantial parts of it as customary international law may be rather premature”<sup>100</sup>.

### 3.3 El CLPI como derecho consuetudinario internacional

No obstante lo anterior, y como lo demuestra el propio análisis crítico ya efectuado, durante los diez años siguientes a la adopción de la Declaración, diversos autores han realizado afirmaciones en el sentido de afirmar el carácter de costumbre internacional de algunos derechos contenidos en la DNUDPI, sea a manera de referencia general<sup>101</sup>, sea predicándolo de derechos específicos -y, ello, no solo de aquellos ya considerados anteriormente, como el derecho propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, sino también de otros derechos, como de restitución de las tierras tomadas sin su consentimiento<sup>102</sup>, la libre determinación<sup>103</sup> o el derecho a consulta<sup>104</sup>. En esta línea, también el CLPI se ha entendido como formando parte del derecho consuetudinario internacional; como ha expresado Fitzmaurice:

It can be argued, however, the right to prior, informed consent is part and parcel of customary international law, and therefore has to be implemented by States. The present author is of the view that this right has become indeed a norm of customary international law<sup>105</sup>.

De entre quienes sostienen esta última posición, ha sido Cathal M. Doyle quien la ha desarrollado de manera más extensa en su libro *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. Por ende, y tal como se anunció desde el inicio del trabajo, a continuación procederé a analizar sus argumentos.

#### 3.3.1 El CLPI como “norma emergente de derecho internacional”

Una primera cuestión que es interesante notar, es que Doyle es cauteloso en sus afirmaciones respecto al carácter de “customary international law” que pudiese tener el CLPI. De hecho, al comienzo de su análisis de la Declaración, prefiere no detenerse en esa discusión, limitándose a adoptar la perspectiva de que la naturaleza normativa de la DNUDPI provee a los pueblos indígenas con una oportunidad para invocar sus disposiciones, independiente de su naturaleza jurídica<sup>106</sup>. Asimismo, Doyle evade cuidadosamente la utilización del concepto “customary” cuando se detiene en el estatus del CLPI en el derecho internacional.

tional Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 407-442.

<sup>100</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>101</sup> Por ejemplo, recientemente ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*. Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 185.

<sup>102</sup> Aunque, en este caso, como norma “emergente” de derechos internacional: “To the extent the right to restitution has not crystallized into international customary norm, it would appear that such a right is emerging”. ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 199.

<sup>103</sup> REHMAN, Javid. Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US “War on terror” and the Jihad of Osama Bin Laden. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 561.

<sup>104</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012, p. 51. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017. p. 51. Se puede agregar que, de forma previa a la Declaración, Anaya ya había sostenido el carácter de “customary law” de “the norm of consultation”. Anaya, James. Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*. Vol 22, N°1, pp. 7-17, 2005, p. 7.

<sup>105</sup> FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012, p. 260.

<sup>106</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 102 y 103.

Con todo, al momento de presentar la cuestión a abordar, su metodología y la conclusión, lo hace dentro de los marcos de la doctrina de la costumbre internacional:

When considering the status of FPIC as an emerging international norm, three factors can be examined: (a) *opinio iuris*; (b) State practice; and (c) recognition by highly influential non-state actors including international organizations, the extractive industry and the financial sector (...) To these three traditional criteria, a fourth criterion has to be added in the context of FPIC, namely the recognition which indigenous peoples have afforded to the requirement and the measures which they are taking to implement it in practice<sup>107</sup>.

Luego, ya en el capítulo final de su libro, concluye:

In the light of these and other developments over the last decade, we appear to be witnessing the crystallization of the norm of FPIC at the international level<sup>108</sup>.

Pues bien, como es sabido, conceptos como “emerging international norm”, “*opinio iuris*”, “State practice” y “crystallization” remiten invariablemente a la doctrina del derecho consuetudinario internacional. ¿Por qué, entonces, omite tratar directamente la cuestión como costumbre internacional?

Ya habiendo revisado arriba las dificultades que presenta la pretensión de que ciertos derechos presentes en la Declaración tienen el estatus de “customary law”, la ausencia de dicha denominación en la postura de Doyle podría explicarse como un intento de “flexibilizar” los requisitos para considerar a un determinado derecho como norma de derecho internacional, aun cuando ello implique salirse de las fuentes formales del Derecho Internacional Público establecidas en el art. 38Nº1 del Estatuto de la CIJ. Ello es coherente con el hecho de que, para determinar si el consentimiento ha logrado emerger como norma internacional, a los dos elementos clásicos de la costumbre -práctica y *opinio iuris*- le suma un tercero -i.e., el reconocimiento por influyentes actores no estatales- y hasta un cuarto “factor”: “the recognition which indigenous peoples have afforded to the requirement and the measures which they are taking to implement it in practice”<sup>109</sup>.

Pero, sea como fuere, al igual que como se hizo en el análisis de Áhrén, el examen de la teoría de Doyle no se basará en su mera desavenencia con las doctrinas clásicas del derecho internacional, sino que se hará operando en lo posible dentro de esta noción de “norma emergente de derecho internacional” que postula, revisando principalmente la consistencia interna de sus argumentos.

Pues bien, dentro de este marco interpretativo en donde se requiere el cumplimiento de cuatro elementos para entender que se ha “cristalizado” el CLPI como norma de derecho internacional, Doyle señala que los dos últimos criterios -cuales eran, el reconocimiento por parte de actores no estatales y de los propios pueblos indígenas- se encontrarían ampliamente cumplidos.

Por una parte, el relativo al reconocimiento por actores no estatales, pues tanto organizaciones internacionales -e.g., el Banco Mundial a través de su brazo del sector privado, la International Finance Corporation (IFC) y sus Performance Standards<sup>110</sup>-, como organizaciones de la industria extractiva -e.g., el International Council for Minerals and Metales (ICMM) con su Position Statement<sup>111</sup>- estarían, a través de diversas iniciativas, “leapfrogging many States in their engagement with the requirement”<sup>112</sup>. Por otra, el referente al reconocimiento por los pueblos indígenas, se entendería cumplido por cuanto una revisión de las declaraciones y prácticas de estos actores, confirmaría el estatus del CLPI como un elemento fundamental para la protección de sus derechos<sup>113</sup>.

Respecto a los dos requisitos tradicionales de la costumbre, el autor neozelandés hace un balance dispar. Así, por una parte, Doyle no se demora señalar la actual falta de práctica por parte de los estados, apuntando

<sup>107</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>108</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 248.

<sup>109</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 194.

<sup>110</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 201-216.

<sup>111</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 224-236.

<sup>112</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 194.

<sup>113</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 265-278.

que solo un número relativamente pequeño de estos han otorgado, o están considerando otorgar, algún tipo de reconocimiento al requisito del consentimiento<sup>114</sup>. Por otra, en lo que concierne a la *opinio iuris*, Doyle asume que la extensa jurisprudencia de los órganos de derechos humanos a nivel internacional y regional permitiría entender que este criterio ya se habría cumplido o estaría *ad portas* de hacerlo<sup>115</sup>. En esta última aserción es en la que me gustaría detenerme.

### 3.3.1.1 *Opinio iuris* y jurisprudencia de órganos de tratado

Doyle basa su argumento sobre el cumplimiento de la *opinio iuris*, en “[t]he extensive body of human rights jurisprudence at the international and regional levels”<sup>116</sup>. A estas alturas, debiesen ser claras todas las debilidades que puede tener una afirmación como la anterior, y que tienen que ver con las características que tienen las observaciones y decisiones de estos órganos para servir evidencia de *opinio iuris*.

Con todo, quisiera ir un poco más allá de esta dificultad, y -según adelantaba unos párrafos atrás- mostrar cómo, en este caso, las debilidades de la tesis de Doyle tienen que ver con la falta de consistencia interna que se encuentra en las propias decisiones y recomendaciones de los órganos de tratado. Veámoslo.

Al momento de explicar la naturaleza del consentimiento y usando un lenguaje similar al de Raquel Iri-goyen, el propio Doyle reconoce que:

Prior to 2007, human rights treaty bodies frequently limited their recommendations to the requirement to ‘seek’ consent, without necessarily making reference to the requirement to respect its outcome (...) following the adoption of the UNDRIP, all three treaty bodies which are most engaged with indigenous people rights have, in general, been consistent in their usage of unambiguous language which affirms not only a requirement to ‘seek’ consent but also to guarantee that consent is obtained or secured<sup>117</sup>.

Sin embargo, de una revisión de las observaciones o decisiones de estos y otros órganos de tratados, la narrativa no pareciera ser tan coherente como se muestra; en otras palabras, incluso a nivel de “jurisprudencia” de estos órganos, todavía no se habría internalizado la necesidad de obtener el consentimiento como “requisito”. Por ejemplo, refiriéndose a los informes del CERD, señala que el énfasis de este órgano en requerir el consentimiento es evidente, entre otros, en sus observaciones finales a los estados, citando a pie de página informes sobre tres países: Ecuador, Rusia y Filipinas. De un examen de estas observaciones, se puede apreciar que mientras en el caso de Ecuador el CERD sí da entender que el Estado debe obtener el CPLI como requisito<sup>118</sup>, en el de Rusia habla de “seek the free informed consent of indigenous communities”<sup>119</sup> y en el de Filipinas solamente urge al estado a “to consult with all concerned parties”<sup>120</sup>.

Algo similar ocurre con los dictámenes de órganos regionales de derechos humanos como la Corte IDH y la CADHP. Antes ya he indicado que ambos organismos dictaron sendas decisiones señalando que “the State has a duty not only to consult with the community, but also to obtain their free, prior, and informed

<sup>114</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 248, pp. 194-201.

<sup>115</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>116</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>117</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 131.

<sup>118</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Ecuador. CERD/C/ECU/CO/19. 22 September 2008, para. 16.

<sup>119</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Russian Federation. CERD/C/RUS/CO/19. 20 August 2008, para. 24.

<sup>120</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Philippines. CERD/C/PHL/CO/20. 23 September 2009, para. 25.

consent, according to their customs and traditions”<sup>121</sup>. La Corte IDH, en *Saramaka v. Surinam*, el 2007<sup>122</sup>; la CADHP, en *Endorois v. Kenya*, el 2009<sup>123</sup>.

Sin embargo, en las decisiones que siguieron -sea del mismo organismo, u otro del mismo sistema- dicha tesis no ha vuelto a ser afirmada. En efecto, como repara el mismo Doyle, en *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH “it remained silent on consent as a required outcome”<sup>124</sup>. Una parte de la doctrina intentó explicar dicho silencio argumentando que la Corte IDH podría haber considerado innecesario pronunciarse sobre el CLPI, toda vez que Ecuador ni siquiera había cumplido con la obligación preliminar de consulta<sup>125</sup> -esto, aunque esa misma situación aconteció en *Saramaka* y ella no fue óbice para que la Corte fallase como lo hizo-. Sea como fuere, en las sentencias siguientes<sup>126</sup> -incluida *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*<sup>127</sup>, en donde el Estado demandado era el mismo condenado en *Saramaka*-, la Corte IDH mantuvo la postura de no hacer referencia alguna al “consentimiento”.

Asimismo, en el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso de los Ogieks, a pesar de que CADHP en su demanda contra Kenya había solicitado que se le reconociera a los miembros de este pueblo su derecho a consulta y/o “the right to give or withhold their free, prior and informed consent”, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos si bien acogió la demanda, resolvió la violación del art. 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos refiriéndose solamente al derecho a consulta y no al CLPI -ello, a pesar que se trataba de un caso de relocalización<sup>128</sup>-.

En suma, si bien efectivamente existen informes y jurisprudencia de órganos de tratado internacionales y regionales que indican que sí se requiere el “consentimiento como requisito”, esta línea no es, en lo absoluto, consistente.

Pero el problema central con este tipo de prácticas es que es difícil que lo sean. Y es que -al igual que con la práctica estatal- si *todo* es evidencia de *opinio iuris*, entonces *nada lo es*. Es decir, si un informe de observaciones de un órgano de tratado sobre un país determinado vale lo mismo que una “recomendación general” de ese u otro organismo, o que lo dispuesto en un tratado, o que la práctica consistente de un Estado, para demostrar que existe conciencia de estar actuando de acuerdo a una obligación jurídica, dada variabilidad de posiciones que existen entre todas estas fuentes, la declaración de que existe este elemento “espiritual” tiende caer “cherry picking”. Y, si esto es así, bastará traer a colación todos otros aquellos informes de ese mismo órgano sobre países en donde se apartó de la línea escogida, para entender que no es posible inferir de aquel primer informe la conciencia de estar actuando acorde a un deber jurídico.

<sup>121</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, para. 291.

<sup>122</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007, para. 134.

<sup>123</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, párr. 291.

<sup>124</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 129.

<sup>125</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 296.

<sup>126</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de Octubre 2015, párr. 215-224; y INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de Octubre de 2015, párr. 158-182.

<sup>127</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Kaliña y Lokono Peoples v. Suriname* (Merits, Reparations and Costs). 25 November 2015, para- 204-212.

<sup>128</sup> “In the instant case, the Court recalls that the Ogieks have been continuously evicted from the Mau Forest by the Respondent, without being effectively consulted”. AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya. 26 May 2017, para. 210.

### 3.3.1.2 La naturaleza del consentimiento en el art. 32 de la DNUDPI

La necesidad que tiene Doyle de encontrar un consenso -o cierta uniformidad, al menos- en torno a una noción fuerte del consentimiento en el ámbito internacional, lo lleva de igual forma a complejizar en demasía la lectura que hace del art. 32Nº2 de la Declaración para intentar ver en él una figura cercana a lo que él denomina la dimensión “sustantiva” del consentimiento, esto es, que los pueblos indígenas pueden aprobar o rechazar, o aprobar con condiciones, un proyecto o actividad<sup>129</sup> -lo que he denominado acá, el consentimiento como “requisito”-. Pero este conato tampoco se sostiene argumentativamente, como espero mostrar a continuación.

El art. 32Nº2, según se ha visto ya, señala:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Pues bien, a partir de los propios términos en que está redactado el artículo, pareciera claro que se trata de un caso de consentimiento como “finalidad” y no como “requisito”; de hecho, como ya se ha mostrado, su redacción no difiere mayormente de lo dispuesto por el art. 6Nº2 del Convenio Nº169 y es exactamente igual a la del art. 19 de la DNUDPI, dos artículos paradigmáticos en lo que al consentimiento como “finalidad” se refiere. Por otro lado, se aleja sustancialmente de los términos del artículo 16Nº2 de la ILO 169 y de los artículos 10y 29Nº2 de la Declaración, todos los cuales dan cuenta de casos de consentimiento como “requisito”. Coherentemente, Doyle reconoce que los términos en que está redactado el requerimiento de consentimiento del art. 32.2 hacen que sea “less definitive than that of Articles 10 and 29(2)” y que dicho artículo “identifies obtaining FPIC as the purpose of good faith consultations”; por ende, uno pudiese suponer que el autor reconocería que no estamos ante un caso de consentimiento como “requisito”.

Empero, en vez de concluir esto, Doyle argumenta que una combinación de análisis textual, el contexto de la DNUDPI y su “drafting history”, permitiría afirmar que, respecto de este artículo, la decisión de los pueblos indígenas de no otorgar el consentimiento debiese ser respetada, salvo circunstancias excepcionales<sup>130</sup>; en otras palabras, vendría a modificar su naturaleza, convirtiéndole en un caso -un tanto ecléctico, es verdad- de “consentimiento como requisito”. El problema es que, utilizando los mismos parámetros que sugiere Doyle, el argumento no cierra.

Respecto del elemento textual, Doyle entra a diferenciar entre las consultas hechas “con el propósito de buscar el consentimiento” y las consultas “con el propósito de obtener el consentimiento”<sup>131</sup>, para sostener que estas últimas “rather than framing consent as a mere objective of consultation (...) requires that consent shall be obtained in all but the most exceptional circumstances”<sup>132</sup>. Con ello, sorprendentemente, Doyle introduce una distinción que si bien apareció en las discusiones de la DNUDPI<sup>133</sup>, no se encuentra en ninguna de sus disposiciones ni las del Convenio Nº169 -en otras palabras, en ninguna parte se habla de consultas efectuadas con el propósito de “buscar el consentimiento” (“seeking consent”)-.

Ahora bien, al parecer lo que quiso hacer Doyle era diferenciar las consultas establecidas en el Convenio Nº169 -que, según él, serían meramente procesales- de las contenidas en la DNUDPI -que, en cambio, requerirían como regla general el consentimiento en temas de industrias extractivas-. Pero esta distinción no se justifica por sí misma, y el autor no hace ningún esfuerzo por explicar de dónde construye la diferencia

<sup>129</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 141.

<sup>130</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 144.

<sup>131</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 144.

<sup>132</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 145.

<sup>133</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 111.

conceptual y normativa que existiría entre las consultas realizadas “con la finalidad de (...) lograr el consentimiento” (Art. 6Nº2, Convenio N°169) y las consultas efectuadas “a fin de obtener su consentimiento libre e informado” (art. 32Nº2), como para permitir transformar este último derecho en uno en donde “consent shall be obtained in all but the most exceptional circumstances”<sup>134</sup>.

Junto a ello, se debe señalar que ni el contexto de la Declaración como un todo, ni la “draft history” sustentan esta línea de interpretación. Por una parte, como se ha explicado ya arriba, una lectura de los términos de los restantes artículos de la DNUDPI que se refieren al CLPI da cuenta que el consentimiento como “requisito” operaría de forma excepcional -ante acciones que suponen un impacto de gran magnitud-, y no como regla general en el caso de proyectos extractivos en territorio indígena -que es lo que, al fin y al cabo, trata de sostener Doyle-. Por otra parte, no debe olvidarse que, mientras la redacción original del art. 32Nº2 -contenida en el art. 30 del “draft” de la DNUDPI- sí establecía un derecho de los pueblos indígenas “to require that States obtain their free and informed consent prior”<sup>135</sup>, dicho texto fue modificado en las negociaciones ulteriores hasta quedar en la redacción ya revisada, en donde -vale reiterarlo una vez más- el deber del Estado es consultar “a fin de obtener su consentimiento libre e informado”. Como ha señalado Barelli:

The expression ‘consult in order to obtain’ found in the final version of Articles 19 and 32 should not be interpreted as imposing upon States an absolute obligation to obtain the consent of Indigenous peoples before implementing a measure or Project affecting them. Had this been the case, the original version of the two Articles, which *de facto* recognised for Indigenous peoples a general right to veto would have been preserved<sup>136</sup>.

En función de lo explicado, la pretensión de Doyle de que “while some grey areas may remain (...) it is nonetheless reasonable to conclude that under international human rights law the requirement for FPIC always applies in the context of large-scale, and indeed small-scale, extractive projects”<sup>137</sup>, no puede sostenerse consistentemente ni en las decisiones o recomendaciones que a nivel internacional y regional han efectuado diversos órganos de derechos humanos, ni en lo dispuesto por la DNUDPI.

### 3.3.1.3 La costumbre internacional sin práctica estatal ni *opinio iuris*

Recapitemos. Bajo la teoría de Doyle, para que el CLPI pudiese alcanzar el estatus de “emerging norm of international law”, debía cumplir con cuatro “factores”: (a) *opinio iuris*; (b) práctica estatal; (c) reconocimiento por autores no estatales y (d) reconocimiento por los pueblos indígenas. De estos, según el recuento del autor, aun cuando la práctica estatal actualmente sería relativamente pequeña, el primero y los dos últimos criterios se encontrarían cumplidos.

Lo visto en los apartados precedentes, muestra cómo aquel estándar referido a la *opinio iuris* no puede entenderse cumplido, y ello no solo por lo difícil que es construir argumentativamente el elemento “espiritual” a partir de las características de las fuentes utilizadas por Doyle -i.e., “[t]he extensive body of human rights jurisprudence at the international and regional levels”-, sino porque ellas mismas no permiten sustentar un discurso relativamente consistente en torno a la obligación del CLPI. Y si esto es así, entonces la postura de Doyle no puede ser jurídicamente sostenida, ni siquiera bajo sus propios parámetros.

<sup>134</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 111.

<sup>135</sup> Art. 30: “Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands, territories and other resources, including the right to require that States obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands, territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. Pursuant to agreement with the indigenous peoples concerned, just and fair compensation shall be provided for any such activities and measures taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact”. SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. E/CN.4/SUB.2/RES/1994/45.

<sup>136</sup> BARELLI, Mauro. Free, Prior and Informed Consent in the UNDRIP. In: HOHMANN, Jessie & WELLES, Marc (Ed.). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 245-269, p. 253.

<sup>137</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 159.

## 4 A modo de conclusión ¿Hacia un derecho internacional sin Estado?

En un contexto de crecientes disputas políticas y legales sobre el significado del CLPI, el objetivo propuesto por el presente artículo fue investigar dos cuestiones particulares relativas a este derecho, sobre las que actualmente no hay claridad. Por un lado, la posibilidad de que este se erigiera como “regla general” en algunos casos -de tal manera que no se requiriese una afectación de magnitud para “gatillar” el deber estatal de obtener el consentimiento-; y, por otro, que hubiese alcanzado el estatus de costumbre internacional o, más bien, de norma emergente de derecho internacional -lo que posibilitaría recurrir a este derecho aun cuando los estados no hubiesen consentido a ello-.

Para lograr este cometido, se examinaron las teorías de dos prominentes autores sobre cada uno de estos temas -Mattias Åhrén y Cathal Doyle, respectivamente-, determinándose que ninguna de ellas resultaba jurídicamente plausible, pues una mirada más de cerca a sus métodos y argumentos develaban graves inconsistencias.

Con todo, hay algo que sí es menester relevar a propósito de esos argumentos, y es que ambos autores construyen sus análisis basándose principalmente en una lectura expansiva -y, se puede decir ahora, *inconsistente*- de los instrumentos, jurisprudencia, observaciones y documentos internacionales de derechos humanos. Con ello, parece claro, se produce una brecha cada vez mayor entre un DIDH en permanente evolución -o, quizás, “evasión”- y una esfera estatal que es la finalmente encargada de resguardar y aplicar dichos derechos.

Esto, que es evidente en sus dos posturas, se ha vuelto estándar en el tipo de argumentaciones en el campo jurisprudencial y dogmático de los derechos humanos, especialmente de la Corte IDH. Puede ser que, como escribió Åhrén:

(...) is not only acceptable, but indeed expected, that international human rights courts and other international institutions interpret human treaties in manners that correspond to developments within international law and evolved understanding of justice in general<sup>138</sup>.

Pero, no debe olvidarse, este tipo de discursos tiene costos. Y uno de ellos -como lo evidencia, por ejemplo, la falta de cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en *Saramaka*<sup>139</sup>- es que, en la práctica, los altos estándares concebidos nunca se implementen.

Después de todo, si finalmente los derechos no se cumplen, uno debiese poner en cuestión la relativa conveniencia de persistir en este tipo de hermenéutica. Para estos efectos, la “conveniencia” viene dada por si el método interpretativo es eficaz para lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas; así, un método interpretativo será conveniente de utilizar si es que permite proteger eficazmente los derechos humanos y, al contrario, no solo será si no es eficaz en el logro de ese objetivo. En este sentido, se debe recordar que:

Hacer un derecho humano más “efectivo” no significa necesariamente atribuirle un sentido más amplio. Significa hacer que el goce de ese derecho sea una realidad, y eso puede requerir definir el contenido positivo del derecho de una manera que facilite su implementación en un determinado momento histórico dentro de una región particular. En algunas ocasiones esto puede sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o categórica, mientras que en otras por una interpretación más a medida<sup>140</sup>.

Vistos los resultados del método de interpretación dominante actualmente en el discurso actual de derechos humanos -de la que los autores revisados en este artículo son un buen ejemplo-, me parece que postular alternativas a esta hermenéutica es un camino que vale la pena explorar.

<sup>138</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 75.

<sup>139</sup> Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2018. Sobre la resistencia que en general está provocando actualmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ver CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 44, N°2, pp. 179-237.

<sup>140</sup> NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*. Vol. 19, N°1, pp. 101-123, 2008, p. 115.

## Referencias

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya. 26 May 2017.

ÁHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 226-256.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S. 1987.

ANAYA, James. Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*. Vol 22, N°1, pp. 7-17, 2005.

ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005.

ANAYA, James & WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment' *Jurist*. 2007. Disponible en: <<http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>>. Visitado el 21 dic. 2017.

ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464, 2017.

BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 58, oct. 2009, Vol. 58, pp. 957-983, oct. 2009.

BARELLI, Mauro. *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. New York: Routledge, 2016.

BARELLI, Mauro. Free, Prior and Informed Consent in the UNDRIP. In: HOHMANN, Jessie & WELLER, Marc (Ed.). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 245-269.

COMMITTEE ON ECONOMIC SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General comment No. 21. Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). E/C.12/GC/21.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples. A/52/18, annex V.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador. CERD/C/ECU/CO/19. 22 September 2008.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada. CERD/C/CAN/CO/19-20. 4 April 2012.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Russian Federation. CERD/C/RUS/CO/19. 20 August 2008.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Philippines. CERD/C/PHL/CO/20. 23 September 2009.

CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 44, N°2, pp. 179-237.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-769/09, de 29 de octubre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2018.

DAVIS, Megan. To Bind or Not to Bind: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On. *Australian International Law Journal*, Vol. 3, pp. 17-48, 2012.

DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015.

EXPERT MECHANISM ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES (EMRIP). Concept Note. Issues for consideration in the preparation of a study on the theme of free, prior and informed consent, as comprised in the Declaration on the rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/StudyConceptNote.pdf>. Visitado el: 24 de feb. 2018.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 9, N°2, pp. 513-535, ago, 2019.

FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012.

GILBERT, Jérémie. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Angela Poma Poma v. Perú. Communication No. 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006. 24 April 2009.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July 2009.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013.

INTER-AMERICAN COMMISSION OF 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.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations and Costs). 31 August 2001

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007.

- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (Merits and Reparations). 27 June 2012.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de Octubre 2015.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de Octubre de 2015.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kaliña y Lokono Peoples v. Suriname (Merits, Reparations and Costs). 25 November 2015.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf. I.C.J. Reports 1969.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya v. Malta). ICJ Report 1985.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. ICJ Reports 1996.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.
- KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*, Hawaii, Vol. 32, N°391 pp. 391-462. 2010.
- LARSEN, Peter. Contextualising ratification and implementation: a critical appraisal of ILO Convention 169 from a social justice perspective. *The International Journal of Human Rights*, 2019. Disponible en: DOI: 10.1080/13642987.2019.1677613. Visitado el: 23 dic. 2019.
- LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- LÓPEZ, Sebastián. Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol 24, N°1, pp. 133-189, 2017.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Revised Edition. New York: Routledge, 1997.
- NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*. Vol. 19, N°1, pp. 101-123, 2008.
- PASTOR, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 2da edición ampliada y revisada. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- REHMAN, Javaid. Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US “War on terror” and the Jihad of Osama Bin Laden. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- ROMBOUTS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014.
- ROMBOUTS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springer, 2019, pp. 311-337.

SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. E/CN.4/SUB.2/RES/1994/45.

TESÓN Fernando. Fake Custom. In: LEPARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 93.

TOKI, Valmaine. Indigenous Rights - Hollow Rights. *Waikato Law Review*. Vol. 29, N°2, pp. 29-43, 2011.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Rights of indigenous peoples. Note by the Secretary-General. A/68/317. 14 August 2013.

VIOYAKIS, Emmanuel. Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law? In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 209-223.

WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999.

XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*. Vol 10, N°1, 2009.

YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, pp. 11-53, 2009.

## Agradecimientos

Este trabajo comenzó a desarrollarse en el Curso de Lecturas II del Doctorado en Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco principalmente a la Profesora Judith Schönsteiner, que dirigió dicho curso, así como a los profesores Felipe González, Héctor Hernández y Tomás Vial por sus comentarios a distintas versiones del texto acá presentado. Por supuesto, los errores que contenga el presente manuscrito son de mi absoluta responsabilidad.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Suíte Múſico-Jurispruŕencial**  
- Pequenas Considerações  
Hermenêuticas para Violino,  
Violoncelo, Piano e Constituição

**Muſic-Jurispruŕencial**  
suite - Small Hermeneutical  
Considerations for Violin, Cello,  
Piano and Constitution

Marcílio Toscano Franca

# Suíte Múſico-Jurispruſencial - Pequenas Considerações Hermenêuticas para Violino, Violoncelo, Piano e Constituição\*

## Muſic-Jurispruſencial suite - Small Hermeneutical Considerations for Violin, Cello, Piano and Constitution

Marcílio Toscano Franca\*\*

*“Uno degli obblighi etici più stimolanti per un interprete è quello di trovare il giusto equilibrio tra intelletto ed emozione. (...) La grande musica non è puramente intellettuale, né puramente emotiva: è contraddistinta dall’equilibrio dei due aspetti, com’è nella natura umana.”*

Daniel Barenboim

Em 18 de março de 2010, o *popstar* Simon Bikindi, célebre músico, cantor, compositor e artista de Ruanda, espécie de Michael Jackson regional e rosto mais visível do Ministério da Juventude e Esporte do país africano destruído pela guerra civil, foi finalmente condenado a 15 anos de prisão, por crime contra a humanidade, por um Tribunal Internacional das Nações Unidas. O seu delito? Incitar de maneira grave, repetitiva, direta e pública, com composições musicais distribuídas em fitas cassete e divulgadas em alto-falantes cidadãos, shows ao vivo e gravações na Rádio Ruanda, os seus compatriotas da etnia hutu ao feroz genocídio da etnia tutsi, durante os massacres de 1994. Para os cinco magistrados do órgão de apelação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, em Haia, na Holanda, Simon Bikindi, ao praticamente criar a trilha sonora do flagelo ruandense, era culpado de incitamento ao genocídio com suas obras que misturavam letras de rap a melodias tradicionais africanas.

Nunca antes um tribunal internacional havia condenado um músico pelo teor de suas músicas<sup>1</sup>, embora esta não fosse, nem de longe, a primeira vez que a música tivesse sido utilizada para afrontar direitos humanos, como arma de guerra, para fomentar o ódio racial ou como instrumento de tortura. Exemplos antigos e recentes não são poucos, desde as estrepitosas Trombetas de Jericó, da Bíblia, passando pela humilhante “Tauza”, dança em que prisioneiros políticos do Apartheid eram obrigados a tomar parte despidos, diante de pavilhões lotados de detentos e policiais, a fim de expor potenciais objetos contrabandeados para dentro do cárcere em suas partes íntimas<sup>2</sup>, chegando até mesmo à utilização da música como ferramenta de tortura psicológica em prisões americanas em Abu Grahib e Guantánamo, prédios tomados por sequestradores ou rebeldes separatistas, ou ainda no Gulag soviético. O drama de músicos judeus que eram obrigados a tocar

\* Recebido em 10/01/2020

Aprovado em 11/01/2020

\*\* Professor de Direito da Arte do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e Procurador-Chefe da Força-Tarefa do Patrimônio Cultural do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba, Brasil. Foi Professor Visitante do Departamento de Jurisprudência da Universidade de Turim e Research Fellow do Collegio Carlo Alberto. Ex-aluno da Universidade Livre de Berlim, Alemanha. Curador de três edições do colóquio internacional “Direito & Música” da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-doutorado em Direito no Instituto Universitário Europeu de Florença (Itália), onde foi Calouste Gulbenkian Fellow. E-mail: mfilho@tce.pb.gov.br

<sup>1</sup> PARKER, James E. K. *Acoustic Jurisprudence – Listening to the Trial of Simon Bikindi*. Oxford: OUP, 2015, p. 3.

<sup>2</sup> GOSANI, Bob; MUTLOATSE, Mothobi; MASIZA, Jacqui; HAY-WHITTON, Lesley. *Tauza: Bob Gosani’s People*. Joanesburgo: Struik, 2005, *passim*.

para seus algozes durante as festas do III Reich<sup>3</sup> ou de prisioneiras políticas argentinas que tinham que dançar com oficiais da ditadura militar em discotecas e centros de diversão para as tropas tampouco podem ser jamais esquecidos.<sup>4</sup>

Música, Estado e direito, enfim, nem sempre mantiveram uma relação pacífica, de harmonia ou puramente virtuosa. Censura, vetos, músicas marciais, hinos nacionais xenófobos e controversos, decálogos normativos com estéticas de Estado, subvenções espúrias, ostracismos, demissões em orquestras, expurgos de maestros, detenções de artistas, barreiras acústicas<sup>5</sup>, destruição de paisagens sonoras e fomento a academias oficiais são indicativos concretos de relações tempestuosas. Acima de todas essas diatribes, reside a certeza de que, tanto quanto o direito, a melodia da música (e mesmo a arte em geral) também tem o condão de moldar e induzir comportamentos sociais. Evidências médico-científicas como a “síndrome de Stendhal” e a “epilepsia musicogênica”<sup>6</sup> reforçam e reiteram esse argumento: as normas jurídicas e a música podem levar uma pessoa a comportar-se de uma certa maneira, ainda que contra a sua vontade.

No final do século XIX, um jovem e promissor docente de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de Moscou sentiu na própria pele esse arrebatador poder físico-químico-fisiológico da arte. Aos cerca de 30 anos, depois de uma epifania profana ao ouvir uma extasiante performance do *Lohengrin* de Wagner, em Moscou, ele desistiu para sempre do mundo jurídico, abraçou a carreira artística para o resto de sua vida e trocou uma futura cátedra jurídica na Rússia pelo ensino da arte na centenária Bauhaus, Alemanha, tornando-se um dos maiores gênios da pintura abstrata contemporânea. O ex-professor era Wassily Kandinsky.<sup>7</sup>

O compositor Pyotr Ilyich Tchaikovsky compartilha com Kandinsky, para além do talento artístico, a formação jurídica russa. Coube a Tchaikovsky compor a “Marcha dos Juristas” (ou Marcha da Jurisprudência), em 1885, justamente para assinalar o 50º aniversário da Academia Imperial de Jurisprudência de São Petersburgo, onde ele havia estudado direito.<sup>8</sup>

Música e direito, muito além de moldar comportamentos, constituem também expressões de linguagem. É impossível pensar uma ou outra manifestação cultural apartando-a do universo linguístico. Quer o direito quer a música só conseguem existir, tomar forma e manifestarem-se na e pela linguagem. Inconcebível pensá-los e compreendê-los fora da linguagem. Nesse ponto, comporta ressaltar que, no início da obra *‘A Caminho da Linguagem’*, Martin Heidegger é enfático quanto à constância e à amplitude da linguagem, nas mais distintas modalidades:

*“O homem fala. Falamos quando acordados e em sonho. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos*

<sup>3</sup> NEMTSOV, Jascha et al. Music in the Inferno of the Nazi Terror: Jewish Composers in the Third Reich. *Shofar*, v. 18, n. 4, 2000, p. 79-100, *passim*.

<sup>4</sup> WORNAT, Olga; LEWIN, Miriam. *Putas y Guerrilleras*. Buenos Aires: Planeta, 2014, *passim*.

<sup>5</sup> No verão europeu de 2018, o metrô de Berlim começou a difundir ininterruptamente música atonal na estação de Hermannstrasse para evitar que viciados em drogas, traficantes e sem-teto frequentassem o local durante as madrugadas. Em 2016, uma organização de lojistas e comerciantes do centro de San Francisco, Califórnia, utilizou composições de Bach em alto-falantes para evitar a aproximação de mendigos e pedintes.

<sup>6</sup> A Síndrome de Stendhal é uma espécie de êxtase estético que causa aceleração do ritmo cardíaco, vertigens, desmaio, confusão mental, pressão alta e alucinações a um indivíduo exposto uma quantidade exorbitante de obras de arte. Foi diagnosticada em muitos turistas que passavam por Florença (GUERRERO, A. L.; BARCELO ROSSELLO, A.; EZPELETA, D. Síndrome de Stendhal: Origen, Naturaleza y Presentación en un Grupo de Neurólogos. *Neurología*. v. 25, n. 6, 2010, p. 349-356; PALACIOS-SANCHEZ, Leonardo et al. Stendhal syndrome: a clinical and historical overview. *Arg. Neuro-Psiquiatr.* v. 76, n. 2, 2018, p. 120-123). A epilepsia musicogênica, por outro lado, é desencadeada pela audição de certo fragmento musical, ou um tipo de música ou instrumento e até mesmo certo compositor, distintos para cada paciente (ARIAS, M. Neurología del éxtasis y fenómenos aledaños: epilepsia extática, orgásmica y musicogénica. Síndrome de Stendhal. Fenómenos autoscópicos. *Neurología*. 2016, <http://dx.doi.org/10.1016/j.nrl.2016.04.010>).

<sup>7</sup> KANDINSKY, Wassily. *Sguardi sul Passato*. Milano: SE, 2006, p. 18-20. GAROFALO, Luigi. Carl Schmitt e Wassily Kandinsky: a Monaco fra diritto e arte. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. v. 13, 2009, p. 261-281, *passim*.

<sup>8</sup> KOVLER, Anatoly. Un Juriste Manqué, un Compositeur réussi: Le Cas Tchaïkovski. In: SIGNORILE, Patricia (dir.). *Entre Normes et Sensibilité - Droit et Musique*. Aix-en-Provence: Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2017, p. 311 e ss..

*soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. Falamos igualmente quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Falamos sempre de um jeito ou de outro. (...) A linguagem pertence, em todo caso, à vizinhança mais próxima do humano. A linguagem encontra-se por toda parte.”*<sup>9</sup>

Em suma, falamos sempre e por diversos meios, canais ou instrumentos. Falamos até quando “desfalamos”. Esse argumento heideggeriano é reforçado pelo que afirmou um outro filósofo alemão de renome, Hans-Georg Gadamer:

*(...) Ser que pode ser compreendido é linguagem, então essa não é certamente nenhuma tese metafísica.”*<sup>10</sup>

A constância e imanência da linguagem na música e no direito performam mais um ponto de encontro entre ambos. Dessa “linguagessência” do jurídico e do musical advém, na sequência do que diz Gadamer, uma nova interseção jurídico-musical: a exigência da interpretação.<sup>11</sup> Qualquer ato, peça ou produção jurídica e musical exigem, requerem, pedem, demandam interpretação! É impossível não interpretá-los. Há uma demanda hermenêutica constante em qualquer dos dois campos da cultura.

Quem redige uma partitura musical, assim como quem compõe um grande código ou um texto constitucional, o faz ademais para que o verbo seja encarnado, executado, transformado em comportamento social, ação, performance, som, ruído, canto ou voz. O compositor e o legislador – tanto quanto o autor teatral – não querem que a sua escrita permaneça aprisionada no papel/lei/partitura, mas antes que se converta e transforme em ação, som, palavra, ato, comportamento, pela via de um *performer* – quer seja ele um pianista, um violinista, um maestro, um artista, quer seja um juiz, um promotor, um delegado, um contratante, um herdeiro etc.<sup>12</sup> Essa comutação vivificadora do texto em ação não consegue prescindir de uma intermediação hermenêutica concretizadora. Executar é interpretar; hermenêutica é performance – isso faz da música e do direito saberes alográficos.

Todavia, tanto no direito como na arte, estamos longe da ambivalência do certo e errado, correto e incorreto. É comum que, cada vez mais, as pessoas desejem segurança, certeza, previsibilidade, em um ambiente *risk-free*. Esse, porém, não é o cenário de nossa sociedade atual, cada vez mais complexa, arriscada e paradoxal. Ao contrário do que compreende o senso comum, músicos e juristas não trabalham com códigos binários: certo/errado, branco/preto, adequado/inadequado, bom/mau, quente/frio... A potência de um ato hermenêutico, tanto na arte como no direito, reside exatamente na sua coerência, na sua profundidade, na sua historicidade, na sua consistência, nunca numa observação binária simples. Que o digam Martin Heidegger, Meyer Schapiro, Jacques Derrida, Marshall Berman, Fredric Jameson e Affonso Romano de Sant’Anna, cada qual com uma leitura refinadamente singular de “Os Sapatos” de Van Gogh.

Quanto a esse particular, cabe convocar à memória aquela inesquecível noite de 6 de abril de 1962, quando a prestigiosa Filarmônica de Nova York iria tocar o Concerto nº 1 em Ré Menor de Brahms, tendo como solista o gigantesco pianista canadense Glenn Gould. Afinados os instrumentos, entrou no palco apenas o eminente regente americano Leonard Bernstein, titular da Filarmônica de Nova York, para uma explicação preliminar. Era muito estranho que Bernstein não estivesse acompanhado do solista Glenn Gould naquela entrada. Com singular franqueza, Bernstein pronunciou algumas palavras que entraram para a história da música erudita. E da própria teoria da interpretação. Em seu discurso a uma platéia estupefata, Bernstein disse que eles ouviriam ali um desempenho “bastante heterodoxo” do Concerto em Ré Menor de Brahms, uma performance bem diferente de qualquer outra que ele já tinha escutado ou regido, ou até mesmo sonhado para aquela peça. E então perguntou ao público: “*Em um concerto, quem é o ‘boss’, o chefe da partitura – o solista ou o maestro?*” E ponderou que as discrepâncias entre os pontos de vista dele e de Glenn Gould, naquela peça, eram enormes, mas mesmo assim regeria naquela noite. Faria o concerto porque estava fascinado, feliz por

<sup>9</sup> HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 7.

<sup>10</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica da Obra de Arte*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 6.

<sup>11</sup> BRUNELLO, Mario; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Interpretare – Dialogo tra un musicista e un giurista*. Bolonha: Mulino, 2016, *passim*.

<sup>12</sup> RESTA, Giorgio. Il giudice e il direttore d’orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. n. 2, 2011, pp. 435-460, *passim*.

ter a chance de presenciar um novo olhar sobre aquela partitura, “*com surpreendente frescor e convicção*”.<sup>13</sup> Em outras palavras, em razão da coerência, profundidade, historicidade e consistência da interpretação de Glenn Gould, Bernstein decidiu reger naquela noite. Raciocínio semelhante valida a existência de concursos de piano e as provas nas faculdades de direito e afasta qualquer alegação idiossincrática de solipsismo jurídico.

Há, pois, sempre um espaço para a improvisação, para a inovação, para a criatividade, para a imaginação, quer na música quer no direito.<sup>14</sup> Ao piano, há o clássico episódio de Charles Rosen, respeitado músico e teórico contemporâneo para quem há “uma nota irritante” (!) no primeiro movimento do Concerto n° 1 para Piano de Beethoven: um fá natural alto onde a melodia “obviamente” (sic) exige um fá sustenido. O que explica o ativismo musical de Rosen para um erro “óbvio” de um titã da música clássica como Beethoven é o estado de desenvolvimento tecnológico do piano quando o compositor alemão compôs o seu concerto: até então, o teclado do piano acabava em fá natural, o que estabeleceu o limite do que era fisicamente possível para um intérprete executar.<sup>15</sup> Rosen “retoca” ou “transcria” Beethoven desde então.

No direito não é muito diferente e é a improvisação, a imitação, a criatividade e a inovação judiciais que garantem que o direito positivo (legislado) mantenha a sua atualidade e legitimidade. Ora, o subsistema legal nunca é completo, cabendo ao sistema jurídico e seus *performers* tentar colmatar as eventuais lacunas mediante o recurso à improvisação. Entenda-se, porém, a improvisação jurídico-musical como algo diverso do mero paliativo, da gambiarra, do jeitinho, do arrumadinho. Tanto na música como no direito, só é capaz de improvisar adequadamente aquele que detém profundo conhecimento sobre o seu instrumento e a sua partitura – a lei, o código, a constituição, o piano, a melodia, o ritmo, o tempo – caso contrário a improvisação vai ser caótica, de má qualidade e transformará tão completamente a pauta original que não vai ser mais reconhecida como legítima. Isso é o que permite diferenciar, por exemplo, um grande repentista, um jurista brilhante, um jazzista estupendo, um MC hábil ou um DJ espetacular de um mero iniciante, amador, medíocre ou diletante da improvisação. É possível, portanto, conceber uma ciência do direito “*jazzzy*” ou uma “*jazzisprudencia*”.<sup>16</sup>

Em um instigante texto de 2006, o jurista e pianista Eugenio Picozza<sup>17</sup>, professor da Faculdade de Direito da *Università degli studi di Roma Tor Vergata*, assinalou que, ao longo dos últimos 200 anos, o aperfeiçoamento mecânico e o desenvolvimento tecnológico dos metrônomos fizeram com que as indicações de tempo

<sup>13</sup> FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Entrevista. *ALETHES*. v. 6, p. 181-189, 2016, *passim*. O YouTube tem uma gravação pirata dessa noite: <https://goo.gl/W5Eji4>. O “*disclaimer*” completo de Bernstein, do seu podium, foi o seguinte: “*Don't be frightened. Mr. Gould is here. He will appear in a moment. I'm not, um, as you know, in the habit of speaking on any concert except the Thursday night previews, but a curious situation has arisen, which merits, I think, a word or two. You are about to hear a rather, shall we say, unorthodox performance of the Brahms D Minor Concerto, a performance distinctly different from any I've ever heard, or even dreamt of for that matter, in its remarkably broad tempi and its frequent departures from Brahms' dynamic indications. I cannot say I am in total agreement with Mr. Gould's conception and this raises the interesting question: "What am I doing conducting it?" I'm conducting it because Mr. Gould is so valid and serious an artist that I must take seriously anything he conceives in good faith and his conception is interesting enough so that I feel you should bear it, too. But the age old question still remains: "In a concerto, who is the boss; the soloist or the conductor?" The answer is, of course, sometimes one, sometimes the other, depending on the people involved. But almost always, the two manage to get together by persuasion or charm or even threats to achieve a unified performance. I have only once before in my life had to submit to a soloist's wholly new and incompatible concept and that was the last time I accompanied Mr. Gould. (The audience roared with laughter at this.) But, but this time the discrepancies between our views are so great that I feel I must make this small disclaimer. Then why, to repeat the question, am I conducting it? Why do I not make a minor scandal — get a substitute soloist, or let an assistant conduct? Because I am fascinated, glad to have the chance for a new look at this much-played work; Because, what's more, there are moments in Mr. Gould's performance that emerge with astonishing freshness and conviction. Thirdly, because we can all learn something from this extraordinary artist, who is a thinking performer, and finally because there is in music what Dimitri Mitropoulos used to call "the sportive element", that factor of curiosity, adventure, experiment, and I can assure you that it has been an adventure this week collaborating with Mr. Gould on this Brahms concerto and it's in this spirit of adventure that we now present it to you.*”

<sup>14</sup> MANDERSON, Desmond. Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music. *Studies in Improvisation / Études critiques en improvisation*. n. 1, v. 6, 2010, *passim*.

<sup>15</sup> BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. *Law, Music, and Other Performing Arts*. Faculty Scholarship Series. Paper 279. 1991, *passim*. Rosen faz outras críticas no mesmo sentido neste texto: ROSEN, Charles. *Las Fronteras del Significado*. Barcelona: Acanalado, 2017, p. 23 e ss.

<sup>16</sup> BUFFO, Angelo Pio. Interpretation and Improvisation: The Judge and the Musician Between Text and Context. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*. v. 31, n. 2, 2018, p. 215–239.

<sup>17</sup> PICOZZA, Eugenio. Il metronomo: problemi di interpretazione tra musica e diritto. *ARS INTERPRETANDI*. v. 9, 2006, p. 327, *passim*.

– que pareciam cientificamente objetivas e definitivas – também mudassem na música e sua interpretação. Isso indica que os mesmos valores metronômicos barrocos e modernos divergem. Os tempos mudam e um *adagio*, um *allegro* ou um *presto* nunca mais foram os mesmos... Estes e outros detalhes sublinham a importância que música e direito ainda atribuem à inteligência criativa, à inovação, ao sentimento e ao improviso em nossa sociedade algorítmica. Talvez por isso, há quarenta anos, no belíssimo filme “Ensaio de Orquestra” (1978), do gênio Federico Fellini (ele também um antigo estudante de direito), o personagem do autoritário maestro alemão tenha sido convidado a voltar ao seu púlpito, depois de a orquestra insubmissa tê-lo tentado substituir sem sucesso por um enorme metrônomo...

No enredo daquele filme, um grupo de músicos italianos se reúne sob a regência de um severo maestro para ensaiar uma sinfonia em uma antiga capela do século XIII, em Roma, enquanto uma equipe de televisão grava entrevistas com cada um dos musicistas para um documentário. O próprio Fellini, de quem só se ouve a voz, interpreta o papel do entrevistador da equipe de documentaristas de TV. Em cada depoimento – tomado em meio à afinação dos instrumentos – revela-se a grandiosa complexidade dos oníricos personagens fellinianos: o copista humilde e saudoso dos tempos antigos; o fagotista que odeia seu instrumento; a harpista gorda e solitária alvo de gargalhadas dos colegas; o flautista que se esforça para parecer simpático e agradável; o violinista vaidoso e pernóstico; o regente semideus e despótico. Há ainda o alcoólatra, o apaixonado, o alienado...

Uma passagem em ritmo mais veloz da música ensaiada traz calor à orquestra, que começa a despir casacos e agasalhos. Os ânimos inflamam-se e a desarmonia torna-se mais evidente. Em meio a tantas dissonâncias e desafinações expostas no documentário que vai sendo construído pela equipe de TV ficcional, emerge pouco a pouco um grave conflito entre todos os personagens. O embate no seio da orquestra resulta numa greve radical dos músicos, seguida de uma revolução violenta na sala de ensaios e a deposição do maestro. É o caos. Derrubado o maestro pela violência revolucionária, os músicos decidem colocar em seu lugar no pódio um gigantesco metrônomo, que marcará o tempo e o ritmo na interpretação das músicas de maneira automática, com precisão, perfeição, rigor e sem quaisquer variações de temperamento ou humor. Seria o intérprete absoluto. A batuta perfeita. Não demora, todavia, para que os músicos percebam que a máquina de reger é insuficiente e decidem pelo retorno do maestro, ainda que com toda a sua passionalidade. O chefe da orquestra volta e, sem apelar para retaliações, pede ajuda para reerguer o púlpito antes destruído, de onde retoma o ensaio por amor à música.

A alegoria felliniana – como toda grande obra de arte – é polifônica e polissêmica. Porém, aquela passagem da inútil substituição do maestro por um imenso metrônomo é particularmente eloquente para nós, os juristas, uma vez que reverbera o principal tema da ciência jurídica: a questão da hermenêutica. Qual o valor e o sentido da interpretação? O que há de pessoal e transpessoal na hermenêutica? – essas parecem ser algumas das muitas provocações de Federico Fellini no seu “Ensaio de Orquestra”, o que demonstra, mais uma vez, que música e direito têm muitos aspectos em comum.

Vladimir Horowitz dizia que tocar bem piano demandava razão, coração e meios técnicos em igual medida e proporção: “*Sem razão, será um fiasco; sem técnica, um amador; sem coração, máquina.*”<sup>18</sup> Esse complexa modulação não parece estar longe da excelência de um grande jurista. Nesse diapasão rário-cordial, o Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia, Dámaso Ruiz-Jarabo, ao apresentar as suas conclusões para os Processos Apensos C-11/06 e C-12/06, pontificou que há três tipos de magistrados:

*“Os artesãos, verdadeiros autómatos que, usando só as mãos, proferem sentenças em série e em quantidades industriais, sem descer ao humano ou à ordem social; os artífices, que utilizam as mãos e o cérebro, mas se submetem aos métodos de interpretação tradicionais, que inevitavelmente os levam a plasmar a vontade do legislador, sem mais; e os artistas, que, com a ajuda da cabeça, das mãos e do coração, abrem melhores horizontes aos cidadãos, sem virar as costas à realidade nem às situações concretas.”*<sup>19</sup>

<sup>18</sup> HIRSCH, Günter. Verso uno Stato dei Giudici? A Proposito del Rapporto tra Giudice e Legislatore nell’Attuale Momento Storico. *Criminalia - Annuario di Scienze Penalistiche*. 2007, p. 107-120, *passim*.

<sup>19</sup> TJUE, Processos Apensos C-11/06 e C-12/06, conclusões apresentadas em 20 de Março de 2007.

Exatamente por isso, um grande músico e um grande jurista compartilham do dever de ter aquilo que John Cage, compositor da peça 4'33" (1952)<sup>20</sup>, chamou certa feita de “*happy new ear*”<sup>21</sup> – um feliz ouvido novo capaz de ler/ver/ouvir/sentir, com igual destreza, habilidade e sensibilidade, sons e silêncios tagarelas, assim como o caçador ouve o leve roçar da sua presa pelas folhagens da floresta, ou o marinheiro escuta o som da onda batendo no rochedo quando a névoa encobre o mar. Ora, quando a iconografia da justiça incorporou a venda sobre os olhos de Thêmis, uma maior acuidade auditiva passou a ser indispensável àquela alegoria para ir mais fundo, além das aparências das coisas.

Som e silêncio são elementos fundamentalmente complexos da música e do direito. Não poderia haver música e direito sem eles. As pausas, as ausências, os vazios estão sempre prenhes de sentido na música e no direito. O silêncio contratual, o silêncio do réu no direito penal, o silêncio da Administração Pública, o silêncio do legislador, o silêncio do Poder Judiciário, o silêncio da criança, o silêncio do nubente, o silêncio da lei, o silêncio do costume, o silêncio da testemunha e até mesmo o silêncio da tabela e do gráfico têm sempre muito valor (positivo ou negativo) nos sistemas jurídicos contemporâneos. Antes da música e para que haja música, deve haver silêncio.<sup>22</sup> Além do mais, na música, também há gêneros e classes de silêncios: prudentes, maliciosos, complacentes, inesperados, planejados, denunciadores, românticos, de vanguarda, barrocos, de desprezo, de admiração, de ódio, de amor...<sup>23</sup> Essa pluralidade permitiu que, em 2013, Patrice Caillet, Adam David e Matthieu Saladin editassem e produzissem o vinil (LP) “*Sounds of Silence*”, que reunia trinta faixas silenciosas gravadas em distintas épocas e lugares por artistas como Andy Warhol, John Denver, The Planets<sup>24</sup>, Yves Klein, John Lennon e Yoko Ono.

Silenciar, dar voz e dar ouvidos são expressões de enormes consequências políticas e estéticas na música e no direito. Caminha-se aqui, dessa maneira, para compreender, por fim, que toda estética envolve também uma ética e vice-versa. *Nulla Ethica sine Aesthetica*. Nessa caminhada em direção à plural e abrangente unidade da cultura, percebe-se uma comunhão entre o belo e o justo. Em outras palavras, concepções de belo implicam também em concepções de justo.<sup>25</sup> A dificuldade em se definir de modo abstrato termos como “beleza” ou “justiça” não é menor do que o embaraço em se compreender o que seja objetivamente “dignidade da pessoa humana”, “honra”, “privacidade” ou “dano moral”, por exemplo. Isso não significa, contudo, que juristas e artistas possam abrir mão de, quotidianamente, tentar densificar o que uma constituição, um contrato ou uma partitura de Tchaikovsky, por exemplo, procuram dizer a respeito daquelas palavras tão fundamentais: “beleza” e “justiça”.

Diante da convergência simbólica e intertextualidade cultural estabelecidas entre a música e o direito não é minimamente inusitado que o grande *luthier* italiano Andrea Amati, na velha Cremona do século XVI, tenha decidido decorar o seu “*Il Re*”, jóia da lutheria e um dos mais antigos violoncelos conhecidos, justamente com uma bela imagem de *Iustitia*, a deusa da justiça que porta espada e balança.<sup>26</sup> Esse discurso iconográfico que aproxima música e direito não estava isolado em Cremona. A alguns quilômetros ao sul dali, junta-se um segundo exemplo de representação pictórica jurídico-musical, encontrada entre os afrescos da biblioteca do Mosteiro de São João Evangelista de Parma. Idealizado pelo abade Stefano Cattaneo

<sup>20</sup> GANN, Kyle. *No Such Thing as Silence – John Cage’s 4’33”*. New Haven: Yale University Press, 2013, *passim*. Em 1897, muito antes de Cage portanto, o francês Alphonse Allais compôs a sua silenciosa “*Marche funèbre composée pour les funérailles d’un grand homme sourd*”. Em 1919, Erwin Schulhoff, nascido em Praga, redige “*In futurum*”, composta também apenas por silêncios.

<sup>21</sup> CAGE, John. De Segunda a Um Ano. São Paulo: Cobogó, 2013, p. 30.

<sup>22</sup> NOVAES, Adauto. *O Silêncio e a Prosa do Mundo*. São Paulo: SESC, 2014, *passim*.

<sup>23</sup> BORDES, Elodie. *Le Silence et le Droit – Recherches sur une Métaphore*. Laval: PUL, 2018, *passim*. CASUCCI, Felice (ed.) *Il Silenzio del Diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, *passim*.

<sup>24</sup> Em 2002, a Edition Peters, casa editorial detentora dos direitos autorais de 4’33”, de John Cage, acusou Mike Batt, líder dos The Planets, de plágio do silêncio cageano por essa faixa. “One Minute Silence” de Mike Batt seria – segundo os advogados da Edition Peters – uma mera cópia de um terço de 4’33”. Em razão disso, eles pediram em juízo um terço dos direitos autorais. Um acordo pôs fim ao processo. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *O Silêncio Eloquentemente*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 12.

<sup>25</sup> ZOJA, Luigi. *Gustizia e Bellezza*. Turim: Bollati Boringhieri, 2011, *passim*.

<sup>26</sup> LIU, Vincent. The cello: An amazing musical instrument. *Journal of Music and Dance*. n. 1, v. 1, p. 6-15, 2011. Uma imagem do “Il Re” pode ser vista em <https://bit.ly/2YcsMnX>. O instrumento encontra-se no Museu do Violino de Cremona.

da Novara, na década de 1570, o afresco traz a deusa da justiça em pé, rodeada por muitos instrumentos musicais que são símbolos de harmonia e proporção.<sup>27</sup> Menos de um século depois, coube ainda ao genovês Giovanni Battista Gaulli (*Il Baciccio*) desenhar, na segunda metade do século XVII, uma terceira alegoria da justiça que também aproxima os dois temas. Com o título de “Allegorical Composition: Music and Justice with the Spinola Arms”, o desenho encontra-se hoje no Metropolitan Museum of Art de New York.<sup>28</sup>

Não muito longe da Itália de meados do século XVI, coube ao gravador francês Étienne Delaune, em 1569, seguir aquela retórica e retratar a Jurisprudência, a ciência do direito, como uma elegante e eloquente senhora que toca alaúde e abandona no chão a balança e os livros de leis. Étienne Delaune provocava e mostrava, assim, que, no universo, tudo vibra, até mesmo o direito. Haverá harmonia nessa vibração?

<sup>27</sup> Mais informações sobre a biblioteca do Mosteiro de São João, em Parma, podem ser obtidas em <https://bit.ly/2ZkVcIU>. Uma imagem da alegoria da justiça é vista em <https://bit.ly/2K3aTiV>.

<sup>28</sup> Uma imagem daquele desenho pode ser visto em <https://bit.ly/2YyMVnv>.



Étienne Delaune, estampa "La Jurisprudence", 1569  
Cabinet des Estampes et des Dessins, Strasbourg, França

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

**A natureza econômica do direito e dos tribunais**

Ivo Teixeira Gico Junior

**Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público**

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

**Pacto federativo e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: o incremento da violência e da seletividade punitivas**

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori

**Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico**

Ricardo Lins Horta

**A segurança jurídica como parâmetro legal das decisões estatais**

Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz

**Sociedad por acciones simplificada (SAS). Experiencias internacionales y, desafíos en México**

Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent

**Sociedad por acciones simplificada (SAS). Experiencias internacionales y, desafíos en México**

Giraldo Yanitza

**In Defense of Pro-Carceral Animal Law: Understanding the Dichotomy Between Empirical Criminological Perturbation and Social Movement Values and Development**

Mary Maerz

**Profissionais jurídicos e Acessibilidade na Justiça Restaurativa: alternativa real ou mecanismo de controle? Reflexões desde a experiência de mediação penal no Chile**

Bianca Baracho

**A persecução penal do tráfico internacional de seres humanos no sistema de Justiça Federal**

Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado

**Implementação de Políticas Públicas: desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica**

Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez

**A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística**

Pedro Niebuhr

**A intervenção federal nos Estados Unidos: o emprego da cláusula de segurança, violência doméstica e poderes presidenciais de emergência**

José Adércio Leite Sampaio

**The constitutionality of the early prorogation of the public service concessions**

Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães

**Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?**

Fernando Leal

**“Governo versus Jurisdição”: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas**

Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

**Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?**

Cristóbal Carmona Caldera

**Suíte Músico-Jurisprudencial - Pequenas Considerações Hermenêuticas para Violino, Violoncelo, Piano e Constituição**

Marclio Toscano Franca