



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 58

230

abril a junho de 2021

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 58

230

abril a junho de 2021

SENADO FEDERAL





MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

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

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

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

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Centro Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Guilherme Lemos Jorge, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Ma. Caroline Somesom Tauk, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazine, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cristiano Lange dos Santos, Laboratório de Análise de Políticas Públicas e Sociais, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Dani Rudnicki, Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Dircêo Torrecillas Ramos, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Eneida Desires Salgado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa,

Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Janaina Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jayme Benvenuto Lima Junior, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Foz do Iguaçu, PR, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Me. Jordan Vinícius de Oliveira, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Pedro Kostin Felipe de Natividade, Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Julia Sichiery Moura, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Larissa Lauda Burmann, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Lauro Ishikawa, Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil / Ma. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Licemar Vieira Melo, Unisinos, Passo Fundo, RS, Brasil / Ma. Lillian Barros de Oliveira Almeida, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcelo Weick Pogliese, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan,

Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Mariana Cirne Barbosa, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Martin Pino, Escola Superior de Advocacia da OAB, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paragassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leuquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Rafael Santos Soares, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidas Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Sandra Mara Campos Alves, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Centro Universitário Católica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Thiago Rodrigues Silame, Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, MG, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinoza, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Veridiana Pereira Parahyba Campos, Fundação Carlos Chagas, Caxingui, SP, Brasil / Dr. Vicente Riccio Neto, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Vladimir da Rocha França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wlademir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno é doutor e mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

Belo Horizonte, MG, Brasil; professor titular de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Ana Tereza Marques Parente é mestra em Direito pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; pesquisadora do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Bruno Dantas é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador visitante na Benjamin N. Cardozo School of Law, EUA, no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law, Luxemburgo, e no Institut de Recherche Juridique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, França; professor adjunto da graduação, do mestrado e doutorado em Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor associado do mestrado e doutorado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor titular do mestrado e doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil; ministro do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil. / Bruno Gomes Borges da Fonseca é doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil, e pela Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação em Direito na FDV, Vitória, ES, Brasil; procurador do Trabalho na 17ª Região, Vitória, ES, Brasil. / Carla Reita Faria Leal é doutora e mestra em Direito das Relações Sociais, subárea Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora de Direito associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; juíza aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, Cuiabá, MT, Brasil. / Dulcei Silva Franco é mestra em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; professora substituta do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso, Diamantino, MT, Brasil. / Evandro Caldas é mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, Brasil; procurador-geral da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. / Fernanda Martins é mestra em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Júlio Aguiar de Oliveira é doutor e mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil. / Leonel Pires Ohlweiler é doutor e mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação da Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil. / Lucas Fucci Amato é doutor e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela USP, São Paulo, SP, Brasil, com estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido, e estágio doutoral na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EUA; professor da graduação e da pós-graduação (mestrado e doutorado) do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; pesquisador associado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora e mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *master of Laws* pela Yale Law School, New Haven, Connecticut, EUA; professora da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora e mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Ricardo de João Braga é doutor em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Ciência Política pela Universität Siegen, Siegen, Nordrhein-Westfalen, Alemanha; pós-graduado em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, DF, Brasil; professor do programa de pós-graduação do Cefor da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Roberto Campos da Rocha Miranda é doutor e mestre em Ciência da Informação pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pós-graduado em Psicologia Clínica pela Universidade de Araraquara, Araraquara, SP, Brasil; pós-graduado em Administração de Recursos Humanos no Setor Público pela Universidade Cândido Mendes, Brasília, DF, Brasil; professor do programa de pós-graduação do Cefor da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, Brasil. / Tarsila Ribeiro Marques Fernandes é doutora em Direito pela Radboud University, Nijmegen, Gelderland, Países Baixos; mestra em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da pós-graduação do Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal, Brasília, DF, Brasil; assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil. / Thiago Álvares Feital é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Tributário nas Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Vitor Salino de Moura Eça é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, Ciudad Real, Espanha, e em Direito Processual Internacional pela Universidad de Talca, Talca, Chile; professor do programa de mestrado e doutorado em Direito na área de Direito Processual da PUC-MG, Belo Horizonte, MG, Brasil; juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Sumário

Autores convidados

- 11 **A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP**
Um passo importante rumo à coerência regulatória
Bruno Dantas
Evandro Caldas
Fernanda Martins

Artigos

- 29 ***Fake news***
Regulação ou metarregulação?
Lucas Fucci Amato
- 55 **A produção normativa das agências reguladoras**
Limites para eventual controle da atuação regulatória
da Anvisa em resposta à Covid-19
Natasha Schmitt Caccia Salinas
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Ana Tereza Marques Parente
- 85 **Informação legislativa e correlatas**
Como conceituar?
Roberto Campos da Rocha Miranda
Ricardo de João Braga
- 111 **A necessária proteção jurídica aos trabalhadores que exercem**
trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar
Dulcely Silva Franco
Carla Reita Faria Leal
- 133 **Democracia defensiva**
Origens, conceito e aplicação prática
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

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

149 **Suspeição do juiz por relacionamento pessoal ou relação de parentesco com advogado no Direito alemão**
Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Júlio Aguiar de Oliveira

175 **Teoria constitucional do Direito do Trabalho brasileiro na perspectiva de Oliveira Vianna**
Vitor Salino de Moura Eça
Bruno Gomes Borges da Fonseca

195 **Perspectivas sociojurídicas do poder de polícia sanitário e emergência de saúde pública**
Vulnerabilidades e o enfoque dos direitos humanos
Leonel Pires Ohlweiler

Artigo em língua estrangeira

219 **Tax regressivity as indirect discrimination**
An analysis of the Brazilian tax system in light of the principle of non-discrimination
Thiago Álvares Feital

A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP

Um passo importante rumo à coerência regulatória

BRUNO DANTAS
EVANDRO CALDAS
FERNANDA MARTINS

Resumo: O Tribunal de Contas da União realizou auditoria operacional para avaliar a Política de Conteúdo Local nas licitações do mercado de petróleo e gás, bem como as implicações e os impactos da ausência de regulamentação adequada sobre o tema dentro da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Esse Tribunal fez recomendações e determinações à Agência e ao Ministério de Minas e Energia, e acabou por contribuir de forma efetiva para o aprimoramento regulatório da matéria. Investiga-se, no presente artigo, se é possível haver uma atuação coordenada de um agente regulador e seu controlador ou se, invariavelmente, pode-se pressupor certa dose de conflito entre eles.

Palavras-chave: Controle externo. Agências reguladoras. Conteúdo local. Coerência regulatória.

The local content system and the cooperation between TCU and ANP: an important step toward regulatory coherence

Abstract: The Audit Court of the Union has carried out an operational audit in order to evaluate the Local Content Policy in the oil and gas market bids, as well as the implications and impacts of the absence of adequate regulation on the subject within the National Agency for Petroleum, Natural Gas and Biofuels. The Court has made recommendations and determinations to the Agency and the Ministry of Mines and Energy and ended up by effectively contributing to the regulatory improvement of the matter. This paper investigates whether it is possible to have a coordinated action of a regulating agent and its controller, or if invariably one can assume a dose of conflict between them.

Keywords: External control. Regulatory agencies. Local content. Regulatory coherence.

Introdução

O presente artigo discute a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) na melhoria do arcabouço regulatório relativo à Política de Conteúdo Local vigente nas licitações do mercado de petróleo e gás natural brasileiro. Trata-se de um estudo de caso em que o Tribunal se utilizou de seu potencial no desenvolvimento de análises técnicas para identificar possibilidades de aprimoramento de uma política implementada por um Ministério e por uma agência reguladora. Ao fim, a atuação harmoniosa e coordenada dessas figuras acabou levando à efetiva melhoria do arcabouço regulatório no que se refere à Política de Conteúdo Local brasileira em matéria de petróleo, tendo sido a auditoria operacional do TCU um dos pontapés iniciais para esse movimento.

O problema de pesquisa – que é amplo e extrapola a possibilidade de apreciação em sua totalidade neste trabalho – gira em torno do aprimoramento da qualidade regulatória do País por meio do diálogo institucional e da harmonização de interesses e ferramentas de que dispõem autoridades reguladoras e o controlador externo.

Questiona-se se entre um agente regulador e seu controlador há uma relação que invariavelmente caracterizará certo conflito ou se há espaço para que, de alguma forma, se coordenem, com o objetivo de promover a melhor realização do interesse público. A hipótese preliminar é de que há, sim, a possibilidade de estabelecimento de um diálogo entre controlador e controlado, de modo que se construa um espaço harmônico para o compartilhamento de soluções dotadas de visão prospectiva e fundadas em uma análise sistêmica, que aproveite o melhor dos dois mundos.

A ideia central que deve guiar a leitura é a de que, uma vez definidas as competências de cada órgão ou entidade no contexto do Estado regulador, seja inculcada nestes atores a noção de que mais importante que investir esforços em traçar os espaços de sua competência é desenvolver a capacidade de articular-se institucionalmente para atender ao melhor interesse público. Pode-se usar a expressão “autocrítica” no sentido de que a cada um deve caber o papel de, reflexivamente, entender suas funções no sistema regulatório, de modo a contribuir para o seu funcionamento com a maior harmonia possível.

A análise do Acórdão TCU/Plenário nº 3.072/2016 (BRASIL, 2016) explora o controle externo e a regulação setorial com o propósito de verificar se há um conflito intrínseco nas relações estabelecidas entre atores que desempenham tais funções. Neste caso estuda-se especificamente a função regulatória desempenhada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), bem como o papel fiscalizatório do TCU para, por fim, demonstrar que é possível – e, por vezes, desejável – o estabelecimento de uma racionalidade cooperativa entre o regulador e seu controlador. Este estudo revela um caso de alta complexidade, que se relaciona a conceitos como Administração policêntrica, Estado regulador, poder normativo das agências reguladoras e reserva de regulação; discricionariedade administrativa; capacidades institucionais e deferência judicial; consensualidade na Administração Pública, entre outros.

1 Controle externo e regulação setorial: conflito de instituições?

1.1 A função regulatória da ANP

No Brasil, o advento do Estado regulador manifestou-se de maneira mais intensa entre 1995 e 2003, sob a ideia de que o Estado deveria assumir um papel meramente regulador sobre alguns setores e deixar de dirigir a economia, passando a acompanhar de perto certos fenômenos com a intenção de preveni-los ou mitigar-lhes os efeitos.

Com a criação das agências reguladoras, determinados setores da economia passaram a ser regulados por órgãos técnicos e com independência em relação ao governo central. O Estado regulador não desempenha somente as funções estatais clássicas de intervenção direta, serviço público, fomento e poder de polícia: a função regulatória congrega em si parcelas de competências decorrentes de cada uma dessas funções, sob configuração própria e específica para cada setor.

A função principal de regulação é, portanto, a de atuar de maneira eficiente, moldando o comportamento dos agentes do mercado de forma a produzir o melhor resultado possível para a sociedade. Faz-se isso por meio de ferramentas intercambiáveis, que variam de acordo com o caso concreto. Sobre a regulação, esclarece Guerra (2018, p. 11) que

é uma espécie de intervenção estatal, porém, indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Para alcançar seus

objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se a pura discricionariedade.

O ideal, portanto, é que o desempenho da função regulatória seja feito da forma mais técnica possível, o que o Estado tem conseguido realizar por meio das agências reguladoras, dotadas de poderes normativos, fiscalizatórios e sancionatórios – como é o caso da ANP (INSTITUCIONAL, [20--]), que atua para garantir que o mercado de petróleo e gás natural goze, entre outras características, da segurança jurídica necessária à atração de investimentos e à promoção do desenvolvimento nacional, em cumprimento à Política Energética Nacional emanada da Administração Direta:

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis é o órgão federal *responsável pela regulação das indústrias de petróleo e gás natural e de biocombustíveis no Brasil*. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, é uma autarquia federal especial que *executa a política nacional para o setor*, com foco na garantia do abastecimento de combustíveis e na defesa dos interesses dos consumidores. A Agência tem atuação “do poço ao posto”, ou seja, regula mais de 110 mil empresas, em atividades desde a prospecção de petróleo e gás natural nas bacias sedimentares do Brasil até os procedimentos para assegurar a qualidade dos combustíveis vendidos ao consumidor final. A atividade de regulação implica, necessariamente, a constante fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas (INSTITUCIONAL, [20--], grifos nossos).

Há que se fazer uma ressalva no sentido de que a elaboração de uma política pública (*policy-making process*) não se dá em movimento único e isolado. Assemelha-se mais a um processo e é comumente ilustrada na figura de um ciclo, o “ciclo de políticas públicas” (*policy cycle*), “formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado” (SOUZA, 2006, p. 29) em que vários atores governamentais são envolvidos e têm suas atribuições distribuídas ao longo da cadeia.

A divisão de competências que se pretende explorar neste artigo é a de que: (i) a elaboração de políticas públicas em matéria de petróleo fica a cargo da Administração Direta no âmbito do Poder Executivo, neste caso correspondente à União, ao Ministério de Minas e Energia (MME), ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e ainda ao Poder Legislativo, que traça os limites desta política pública por meio da edição de uma lei estandardizada, aberta a certa dose de discricionariedade do órgão regulador; (ii) o desempenho da função regulatória, da forma mais técnica possível, é atribuído à figura da ANP, dotada de poderes normativos que lhe permitem pormenorizar a política pública e definir

os instrumentos e meios para o alcance do fim desejado¹; e (iii) o controle da regulação cabe ao Poder Judiciário e, em certa medida – sob o aspecto das fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial –, ao TCU.

Neste sentido, a Lei nº 9.478/1997 dispôs:

Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: [...].

Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e [Biotcombustíveis] – ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biotcombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia (BRASIL, [2021b], grifos nossos).

A ANP, vinculada ao MME, foi constituída sob regime especial, com autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão sobre seus recursos para desempenhar função regulatória, marcada por ser predominantemente técnica. Isso porque, em termos de regulação,

¹“No campo da regulação, as agências reguladoras possuem o papel de destaque na elaboração das políticas regulatórias e definição das decisões técnicas do setor regulado, permanecendo com os Poderes Executivo e Legislativo o papel de definição primária das prioridades e políticas públicas, que pautarão, inclusive, a atuação regulatória. O Judiciário, por sua vez, possui a importante missão constitucional de controlar as omissões e os abusos praticados pelos demais Poderes, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça a lesão pode ser afastada de sua análise. Em razão das limitações institucionais do Judiciário, as respectivas decisões sobre questões de alta complexidade técnica ou de relevante impacto para a coletividade devem ser submetidas, quando possível, ao diálogo social [...] e ao diálogo institucional, deixando para o Poder Executivo, responsável, em última análise, pela formulação e execução de políticas públicas, a definição do caminho a ser seguido na implementação” (OLIVEIRA, 2015b, p. 243-244).

o objeto perseguido com a instituição de um padrão estatal regulatório deve ser a *cessão da capacidade decisória sobre aspectos técnicos em sistemas complexos* para entidades descentralizadas em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando-se, com isso, que a regulação estatal deixa de ser assunto de governo para ser assunto de Estado. A regulação permite, com maior efetividade, gerar salvaguardas institucionais que signifiquem um compromisso estatal com a manutenção de regras (segurança jurídica) e contratos administrativos de longo prazo (GUERRA, 2018, p. 143, grifo nosso).

Essa “regulação, diante da tecnicidade, vem como nova categoria suficiente para remeter o intérprete do direito a um tipo de função dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que a mera lei ou sua regulamentação” (GUERRA, 2018, p. 293). A regulação, que se dá inclusive por meio da edição de normas infralegais, existe em consonância com o princípio da legalidade e é escolha legislativa que decorre da concepção segundo a qual uma agência reguladora é a entidade mais dotada da tecnicidade e do insulamento político necessários à estruturação de determinado setor.

1.2 O papel fiscalizador do TCU

O TCU é o órgão de controle externo que auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira da Administração Pública e de pessoas físicas e jurídicas, entidades públicas e privadas que, de alguma maneira, manipulem recursos públicos, bem como contribuir para o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade (COMPETÊNCIAS, [20--]).

Embora o TCU tenha sido previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) como um órgão que presta auxílio ao Poder Legislativo, essa Corte de Contas,

na complexa configuração atual do Estado, tem sido considerada, assim como as agências, um ente autônomo, não inserido perfeitamente na clássica separação de Poderes.²

Não obstante, como contraponto a uma total independência do TCU, importantes observações são feitas por Marques Neto e Palma ([202-], p. 27):

O princípio da separação de Poderes interdita que órgãos de Estado “parem” sob os três Poderes legitimamente reconhecidos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Não há espaço institucional para “satélites organizacionais” que, por suas características ou maior grau de autonomia, pretensamente orbitem os Poderes constituídos. Ainda que o órgão goze de funções específicas e relativa autonomia, necessariamente estará vinculado a algum Poder tão somente porque a Constituição Federal reconhece três Poderes em seu art. 2º: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os Tribunais de Contas, portanto, não são órgãos independentes, plenamente autônomos ou um suposto quarto Poder. São órgãos auxiliares do Poder Legislativo nos termos do art. 71 da Constituição.

Ao Tribunal foram atribuídas responsabilidades para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do País quanto à legalidade, legitimidade e economicidade³. Guiado pelas suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, o TCU, assim como o Poder Judiciário, o próprio Poder Legislativo e o Ministério Público, tem a missão de exercer o controle da Administração Pública.

Com fulcro no art. 71, IV, da CRFB (BRASIL, [2021a]), tem o Tribunal realizado auditorias operacionais nas agências reguladoras, que consistem no

processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública (AUDITORIA..., [2020]).

Nessas auditorias operacionais, verificadas eventuais falhas na regulação, o TCU, valendo-se do disposto no art. 41, I, da Lei nº 8.443/1992

² Atualmente “o núcleo de validade do princípio concentra-se, em última análise, no processo de separações de funções” (MOREIRA NETO, 2006, p. 414).

³ “Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos artigos 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas trazem em seu texto atribuições conferidas ao Tribunal. Entre essas estão a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001), a Lei de Licitações e Contratos (8666/93) e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias” (COMPETÊNCIAS, [20--]).

e no art. 250, II e III, do seu Regimento Interno (BRASIL, [2019], 2020), acaba por recomendar a adoção de providências objetivando a melhoria de desempenho do regulador.

Nesses casos, atuando de forma menos autoritária e mais consensual, o TCU visa auxiliar no aprimoramento da regulação por meio de decisões mais efetivas, substituindo “o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção” (GUERRA, 2017, p. 249). A respeito dessa postura consensual, Moreira Neto (2006, p. 59) afirma:

É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois, como já se consignou, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Ao substituir a intervenção forte pela intervenção por meio da consensualidade, nas auditorias operacionais com decisões finais contributivas efetivadas por meio de recomendações, o TCU concorre para a segurança jurídica e a previsibilidade no setor regulado, melhorando, assim, o equilíbrio sistêmico.

1.3 Relação entre regulador e seu controlador

Num espaço compartilhado de competências regulatórias são inúmeras as possibilidades de interação entre os agentes. Muitos reguladores

podem ser dotados de parcelas de competência que, a depender do caso concreto, entrem em conflito. Além dessa situação, pode-se destacar o relevante papel do TCU, que não faz regulação propriamente dita, mas cujas ações reverberam de forma intensa sobre ambientes regulados.

A relação entre agentes reguladores traz a possibilidade de que tenham competências que concorrem em determinado caso concreto, ou seja, competências individuais que se comunicam de algum modo; relações de delegação regulatória, quando há sobreposição de competências e um dos agentes se torna o único responsável por lidar com aquela demanda; e relações entre agentes reguladores e uma “superagência” que fiscaliza e coordena os trabalhos dos demais de modo a garantir o correto funcionamento do sistema.

Na segunda hipótese, de interseção, é comum que o regulador adote quatro tipos de posturas distintas, cuja efetividade vai depender do caso concreto: (i) competição explícita, quando disputa para que a competência de um prevaleça sobre a do outro; (ii) competição implícita, quando ignora a possível parcela de competência que cabe ao outro agente e age de maneira costumeira, regulando o que entende lhe ser de direito; (iii) abdicação da sua competência em favor do outro; e, por fim, (iv) coordenação mútua.

A coordenação regulatória emerge, portanto, como um instrumento de solução de conflitos entre reguladores que visa à produção de uma solução sistêmica apropriada ao caso concreto. Isso pode dar-se por meio da realização de consultas entre agências, acordos de cooperação e convênios interagências, elaboração conjunta de políticas e resoluções, e gestão presidencial da coordenação (FREEMAN; ROSSI, 2012, p. 1.131).

A relação entre regulador e seu controlador se manifesta de forma diversa. Pelas competências constitucionais e legais atribuídas à ANP e ao

TCU, denota-se que não há, *a priori*, sobreposição de competências: a Agência regula o setor de petróleo, e o Tribunal fiscaliza suas atividades. Entretanto, tendo o TCU o poder de emitir determinações, sua atuação torna-se capaz de gerar reflexos no ambiente regulatório e pode até mesmo induzir alterações na formulação de políticas públicas, como visto no caso concreto.

O próprio TCU, em seu sítio eletrônico, trata da sua relação com as agências reguladoras e do seu papel no aprimoramento regulatório do País, destacando justamente primados como a eficiência, a atração de investimentos, o fomento à transparência e competição e a análise geral de performance dos contratos:

Em sua missão de aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade, o Tribunal de Contas da União (TCU) *tem papel fundamental para que as agências reguladoras operem de forma eficiente, atraindo investimentos e aumentando a concorrência, bem como garantindo serviços de qualidade a preços justos para os usuários. [...]*

Ademais, é imprescindível para a melhoria do ambiente de negócios, com fomento à transparência e competição, contribuindo para o aumento da percepção, por parte do investidor e da sociedade, da estabilidade das regras de mercado, da segurança jurídica e do retorno dos investimentos alocados na concessão. [...]

Para alavancar o setor e propiciar seu crescimento de forma sustentável, faz-se necessário, antes de tudo, ter clareza quanto à eficiência dos modelos de investimentos, passando pela *análise geral da performance dos atuais contratos e eficiência na alocação dos recursos da sociedade*, assegurando aos investidores privados a estabilidade do contrato durante todo o período de concessão (AMBIENTE..., [20--], grifos nossos).

A relação entre o TCU, como órgão controlador, e as agências reguladoras é tema sensível e sujeito a variadas controvérsias. A crítica maior que se tem feito ao TCU é que este, ao exercer

sua função de controle, posiciona-se de forma voluntariosa e pode acabar por substituir-se ao regulador. Em relação a esse ponto, Oliveira (2015a, p. 181) manifestou-se da seguinte forma:

Ocorre que, em algumas oportunidades, o Tribunal de Contas da União acabou por exercer papel ativista, estabelecendo a própria política regulatória que deveria ser implementada pela agência. Mencione-se, por exemplo, o caso envolvendo consulta formulada pelo Ministério das Comunicações sobre a interpretação das normas jurídicas relativas à aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST. No caso, o TCU estabeleceu a política regulatória de universalização, sem a participação da ANATEL.

Outro caso que foi objeto de críticas é o relativo ao Acórdão nº 2.121/2017⁴. Ao questionar a atuação do TCU nesse caso, Marques Neto e Palma ([202-], p. 35) concluem que houve uma intervenção indevida do TCU:

Em síntese, o TCU não pode e não deve controlar as atividades-fim das Agências Reguladoras, por ausência de previsão legal e incapacidade técnica e institucional de regulação. Tão somente o Poder Judiciário está legitimado a controlar as atividades-fim das Agências Reguladoras, por expressa previsão do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Quanto a esse posicionamento, é importante destacar que, divergências teóricas à parte, recentemente sobreveio a Lei nº 13.448/2017, que determinou expressamente o envio dos estudos

⁴“Diante desses dados, a unidade técnica do TCU formulou [...] representação sobre o tema, propondo que fosse determinado cautelarmente à Anatel que se abstinhasse de assinar TACs, de forma geral, até que fossem avaliadas pelo Tribunal as possíveis irregularidades encontradas” (BRASIL, 2017c).

técnicos de concessões ao TCU (arts. 11 e 19) (BRASIL, 2017b).

Destaque-se que, no Acórdão nº 2.121/2017, a própria Corte de Contas reconheceu certa limitação de seu papel ao afirmar que deve restringir-se a exercer o “controle de segunda ordem, e não a regulação propriamente dita”:

Deve-se sempre rememorar que o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência, tampouco órgão consultivo da Administração. No exercício de suas competências constitucionais, deve se ater a exercer o dito controle de segunda ordem, e não a regulação propriamente dita, conforme precisamente colocado pelo representante do Ministério Público atuante neste processo (Acórdãos 620/2008, 715/2008, 1.313/2010, 2.302/2012, 2.313/2014, 2.071/2015 e 1.555/2017, todos do Plenário) (BRASIL, 2017c).

Essa posição do Tribunal denota uma autocrítica salutar, que induz à reflexão sobre seu próprio papel dentro do sistema. Demonstra o desenvolvimento da habilidade de estabelecer diálogos e de articular-se institucionalmente com as agências reguladoras para melhor atender ao interesse público. Pode-se usar a expressão *autocrítica* no sentido de que se espera que cada Poder ou entidade, reflexivamente, entenda o seu papel dentro do sistema regulatório de modo a contribuir para o seu funcionamento com a maior harmonia possível.

A solução para conflitos de percepções sobre questões técnicas passa, talvez, pelo juízo de que a conformação do modelo de Estado brasileiro – que decidiu operar, em diversos setores, por meio da função regulatória – pressupõe certa flexibilidade de instrumentos e a abertura de seus processos.

A atuação dos Poderes e instituições no bojo do Estado regulador deve ser permeada pela coordenação em busca de uma solução

coesa e harmônica para os desafios a serem enfrentados. Deve haver diálogo e confluência de vontades à disposição do interesse público, o que pode ser alcançado por meio do diálogo institucional. Essa teoria é “aplicada às interações entre as agências reguladoras e a Administração Direta, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário” (OLIVEIRA, 2015b, p. 209), e deve estender-se à interação entre agências reguladoras e o Tribunal de Contas, que pode tornar-se problemática caso haja uma sobreposição de funções (por exemplo, quando o TCU acaba por substituir-se ao papel do regulador):

Não obstante a importância do seu papel institucional, o controle não pode acarretar a substituição da decisão regulatória pela decisão da Corte de Contas. Explique-se: a Corte de Contas, ao concluir pela violação aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, deve invalidar a decisão da agência, com a fixação dos parâmetros legais que deverão ser observados, no futuro, por ela.

De fato, não compete ao Tribunal de Contas instituir a política regulatória, mas, sim, fixar, no âmbito do controle, as balizas normativas que deverão ser observadas pelas agências (OLIVEIRA, 2015b, p. 226).

A limitada capacidade de o TCU ditar a palavra final em questões regulatórias remete à discussão da postura de maior contenção que se espera desse Tribunal. Tal comportamento “respeita, de um lado, o papel da Corte de Contas e, de outro lado, a autonomia das agências reguladoras, preservando, portanto, as competências destas instituições” (OLIVEIRA, 2015b, p. 227). Além disso, caso o Tribunal, em suas auditorias, consiga dialogar devidamente com os órgãos reguladores, é possível que se aproveite a sua *expertise* para que venha a se tornar um parceiro efetivo na identificação das possibilidades de aprimoramento nas políticas regulatórias:

os ideais de governança regulatória dependem da instituição de instrumentos de coordenação entre as agências, bem como os respectivos órgãos políticos supervisores, que garantam coerência à regulação a partir de uma visão intersistêmica entre os diversos mercados e respectivos consumidores (OLIVEIRA, 2015b, p. 221).

Espera-se, assim, que seja preservada a palavra final da Agência quanto às decisões no desempenho da função regulatória, e o TCU deixe de ser tão somente um controlador capaz de aplicar sanções e passe a ser um colaborador na política regulatória – como, de fato, ocorreu com a Política de Conteúdo Local.

2 Estudo de caso: auditoria operacional do TCU sobre a sistemática de conteúdo local na indústria do petróleo e gás natural

O objeto deste estudo é o Acórdão TCU/ Plenário nº 3.072/2016 (BRASIL, 2016), decorrente de uma Auditoria Operacional⁵ do TCU realizada na ANP para avaliar os pedidos de *waiver* apresentados e a sistemática vigente da Política de Conteúdo Local no mercado do petróleo e gás natural.

Conteúdo local nada mais é do que a proporção de investimentos nacionais aplicados a um determinado bem ou serviço, correspondendo à parcela de participação da indústria nacional no objeto licitado (CONTEÚDO..., [20--]). No caso da indústria do petróleo, a Política de Conteúdo Local pode ser depreendida dos

⁵“Auditoria: por meio desse instrumento verifica-se *in loco* a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão, quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, assim como o desempenho operacional e os resultados alcançados de órgãos, entidades, programas e projetos governamentais” (FUNCIONAMENTO, [20--]).

próprios contratos de concessão⁶ de blocos de petróleo, assinados entre a ANP e as empresas petrolíferas, e constitui verdadeiro critério de julgamento nas rodadas de licitação.

A cláusula estabelece que seja dada preferência à contratação de fornecedores brasileiros sempre que suas ofertas apresentem condições de preço, prazo e qualidade equivalentes às de outros fornecedores convidados a apresentar propostas. Além do compromisso de cumprir um percentual de conteúdo local global para a fase de exploração e para a etapa de desenvolvimento, os contratos também preveem compromissos de conteúdo local específicos para determinados itens e subitens que compõem o investimento em cada uma dessas etapas e são apresentados em forma de Tabela de Compromisso de Conteúdo Local, que consta como anexo de cada contrato⁷.

Outro conceito relevante para o presente estudo é o de *waiver*⁸, que corresponde ao instrumento utilizado para solicitar ao órgão regulador (neste caso, a ANP) a exoneração, isenção ou dispensa do cumprimento do compromisso de

⁶Para mais informações a respeito do histórico de Conteúdo Local na ANP, ver Conteúdo... ([20--]).

⁷“Os contratos firmados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) com as empresas vencedoras nas rodadas de licitações e com a Petrobras nas áreas de cessão onerosa incluem a cláusula de conteúdo local, que incide sobre as fases de exploração e desenvolvimento da produção. De acordo com essa cláusula, parte dos bens e serviços adquiridos para atividades de exploração e produção no Brasil deve ser nacional. Além disso, deve ser assegurada preferência à contratação de fornecedores brasileiros sempre que suas ofertas apresentarem condições de preço, prazo e qualidade equivalentes aos dos outros fornecedores também convidados a apresentar propostas. O dispositivo contratual tem o objetivo de incrementar a participação da indústria brasileira de bens e serviços, em bases competitivas, nos projetos de exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e gás natural. O resultado esperado da aplicação da cláusula é o impulso ao desenvolvimento tecnológico, a capacitação de recursos humanos, e a geração de emprego e renda nesse segmento” (CONTEÚDO..., [20--]).

⁸“Foi aprovada hoje, pela Diretoria Colegiada da ANP, a resolução que regulamenta os mecanismos contratuais de isenção (*waiver*), ajuste e transferência de excedente, e que traz a possibilidade de aditamento dos contratos com novas exigências de conteúdo local” (APROVADA..., 2019).

conteúdo local, fundado em cláusula específica dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural.

As cláusulas de *waiver* foram previstas, portanto, como alternativa às situações em que os bens produzidos no mercado nacional apresentavam qualidade inferior, preço ou prazo de entrega superiores àqueles contratados no exterior e em que não exista tecnologia ou fornecedor no País. Embora a concessão de *waiver* esteja prevista em contrato, na cláusula correspondente não são definidos os limites do que se considera preço, prazo excessivo ou nova tecnologia, e essa lacuna de regulamentação acarreta insegurança jurídica e falta de transparência ao setor, que já envolve riscos muito elevados (BRASIL, 2016).

O *waiver* é a exceção à regra de conteúdo local, mas a ANP acabou deparando-se com um número muito grande de pedidos dessa natureza. A auditoria do TCU teve início, então, com foco nos pedidos de *waiver* ainda não regulamentados pela Agência. Com o decurso da auditoria, entretanto, percebeu-se que o problema regulatório não se restringia à questão do *waiver*, mas a toda a sistemática de conteúdo local e por essa razão teve seu escopo ampliado.

Dentre as principais distorções percebidas nessa sistemática e no estabelecimento dos índices, pode-se destacar (i) o não atrelamento da Política de Conteúdo Local a uma política industrial mais ampla; (ii) a ausência de prazo de vigência e objetivos específicos dessa política; (iii) a fragilidade metodológica de suas definições e de sua possibilidade de cumprimento; (iv) a existência de distorções na sistemática, além de sua rigidez extrema; (v) a imposição de altos custos à cadeia produtiva, descolados do atingimento de objetivos específicos; e (vi) a ausência de regulamentação do instrumento de *waiver* pela ANP. Tais aspectos culminaram na percepção de que a Política de Conteúdo Local não vinha atingindo os objetivos propostos em

sua origem e, ao contrário, tendia a aumentar as barreiras presentes no setor, bem como a criar injustificada reserva de mercado.

O não atrelamento da Política de Conteúdo Local a uma política industrial mais ampla ficou evidenciado por seus objetivos genéricos, desprovidos de metas e métricas que pudessem mensurar objetivamente seus resultados. A ausência de correlação com uma política industrial dificulta que a indústria seja capaz de evoluir e buscar aprimoramento a ponto de participar em condições igualitárias de competitividade com *players* internacionais. Idealmente, não deve a Política de Conteúdo Local ser um fim em si mesma, uma vez que, como política de longo prazo, tem potencial para ser um indutor de nivelamento de capacidade entre operadores nacionais e internacionais.

De acordo com as informações coletadas no MME, ao qual se vincula a ANP, e com a própria Agência, a Política de Conteúdo Local objetiva incrementar a participação da indústria nacional em bases competitivas, bem como a capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, devendo aumentar os níveis de qualificação profissional e da geração de emprego e renda (BRASIL, 2016).

O Ministério afirmou que as metas propostas para a política são os índices percentuais mínimos atrelados ao conteúdo local, devendo ser atingidos pelos operadores. Para o TCU, entretanto, essa meta não tem o condão de aferir objetivamente os resultados esperados, ainda que genericamente definidos. Como a Política de Conteúdo Local faz o setor petrolífero incorrer em mais custos, era de se esperar que houvesse métricas que permitissem mensurar os efeitos gerados pelas políticas até o momento (BRASIL, 2016).

A ausência de prazo de vigência e objetivos específicos traz em si o risco iminente de a política converter-se, se perdurar por muito tempo, em

mera reserva de mercado para empresas nacionais. As empresas beneficiadas por essa política, cientes da proteção que lhes é oferecida, podem tender à acomodação, e não ao estímulo ao aprimoramento em busca de uma autonomia competitiva futura. Recomendou-se ao Ministério, portanto, que, dentro de sua discricionariedade técnica na qualidade de formulador de política pública, avaliasse a plausibilidade de estipular um prazo para a referida política, inclusive com base no estabelecimento de curvas de aprendizado ou de marcos temporais de revisão dos níveis de proteção, justificando, em todo caso, a escolha pela delimitação ou não dos prazos de vigência (BRASIL, 2016).

A existência de distorções na sistemática, de rigidez extrema, e a fragilidade metodológica das definições da política e sua possibilidade de cumprimento são críticas que se referem à definição dos índices mínimos de conteúdo local, porque buscam espelhar os investimentos mínimos em bens e serviços nacionais que deverão ser realizados nos blocos outorgados. O ideal seria que refletissem, da maneira mais fidedigna possível, a realidade e a capacidade da indústria nacional fornecedora de materiais e serviços em atender à demanda em bases razoavelmente competitivas (BRASIL, 2016).

Segundo o MME (BRASIL, 2016), a definição dos índices fundou-se em reuniões com associações e representantes da indústria sobre argumentos referentes à capacidade teórica de fornecimento. Para que a produção não fosse desarrazoadamente onerada, seria importante que, além da capacidade, a indústria atendesse à demanda com preços e prazos competitivos. Caso contrário, as cláusulas de *waiver* seriam sempre pleiteadas pelos compradores. Nesse sentido, determinou o Tribunal ao Ministério que justificasse, na próxima rodada de licitações da ANP, os índices mínimos a serem exigidos a título de conteúdo local com fundamento em dados

concretos gerados, bem como que submetesse a discussão a escrutínio público, por meio de consulta ou audiência pública, com vistas a colher as percepções dos *stakeholders* e da sociedade a respeito da razoabilidade dos índices mínimos exigidos (BRASIL, 2016).

Descolada do atingimento de objetivos específicos, a imposição de altos custos à cadeia produtiva era uma situação passível de gerar uma escolha pública que beira a arbitrariedade, sendo, *a priori*, incompatível com os princípios que regem a Administração Pública. A Política de Conteúdo Local goza de um notável potencial para induzir, a longo prazo, o desenvolvimento da indústria nacional. Entretanto, se não for clara e consistente em seus objetivos, pode impor à cadeia produtiva ônus não correspondentes aos benefícios sociais desejados e operar contrariamente ao seu objetivo de conferir especial “proteção” a um setor específico, tal como o de petróleo e gás natural, estratégico para o interesse nacional.

O TCU expediu ao MME determinações de que promovesse análises custo-benefício da Política de Conteúdo Local, de modo a obter insumo fundamental para monitorar se os custos decorrentes da política são proporcionais aos benefícios auferidos. Outra recomendação foi a de que o MME buscasse maior aproximação com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com o fito de avaliar a conveniência de inserção da Política de Conteúdo Local no contexto mais amplo de uma política industrial (BRASIL, 2016).

A ausência de regulamentação do instrumento de waiver pela ANP era uma situação que se agravava, pois, diante de um número alto de pedidos dessa natureza pendentes de julgamento pela Agência, trazia insegurança jurídica ao mercado.

A esse respeito, a deliberação do TCU envolveu medidas como a determinação de que a ANP regulamentasse o instrumento de *waiver* dentro do prazo de 180 dias; de que o MME justificasse

os índices mínimos a serem exigidos, bem como realizasse escrutínio público para melhor instruir a delimitação dos percentuais de conteúdo local a serem cumpridos; de que o MME realizasse análises custo-benefício da política e atrelasse a ela objetivos mais específicos (BRASIL, 2016).

Recomendou-se ainda que o MME dialogasse com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para integrarem suas políticas, avaliasse a possibilidade de estipular prazo de vigência para a Política de Conteúdo Local e reavaliasse sua sistemática (BRASIL, 2016).

A expedição dessas determinações e recomendações, embora não fundada em violação expressa a princípio ou mandamento legal, propiciou a possibilidade de melhoria ou implementação de boa prática administrativa, o que se coaduna com a missão institucional do TCU de “[a]primorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo” (BRASIL, 2015, p. 44). No caso em análise, o acórdão do TCU estimulou a ANP não só a avançar na regulamentação do *waiver* como também na mudança da própria Política de Conteúdo Local.

Na “Proposta de Ação nº 162/2017”, a ANP elaborou minuta de novo ato normativo possibilitando que os contratos de concessão já assinados, que continham cláusulas de conteúdo local no formato criticado pelo TCU, fossem aditados para permitir a incorporação da mais recente cláusula de conteúdo local, utilizada na 14ª Rodada de Licitações, aos contratos anteriores em vigor. Na qualidade de instrumento incentivador da mudança, a importância do acórdão do TCU pode ser vista ao longo do processo na citação das notas técnicas e no parecer elaborado pela Procuradoria da ANP (BRASIL, 2017a).

Ao longo do processo administrativo normativo, na linha da manifestação do TCU e da Agência reguladora, o CNPE – como o responsável por definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo e por induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, na forma da Lei nº 9.478/1997, art. 2º, IX e X (BRASIL, [2021b]) – editou a Resolução nº 1, de 21/3/2018 (BRASIL, 2018), encampando a mudança regulatória pretendida pela ANP e autorizando a mudança dos índices de conteúdo local, de forma a adaptá-los à realidade do mercado e a extinguir o complexo e falho mecanismo de *waiver*.

Todo esse alinhamento regulatório resultou da Resolução ANP nº 726, de 11/4/2018⁹, que não só regulamentou o mecanismo de *waiver*

⁹ A minuta final da resolução foi analisada pelo Parecer nº 00198/2018/PFANP/PGF/AGU e pelo Despacho nº 00467/2018/PFANP/PGF/AGU, elaborados pela Procuradoria Federal Especializada – ANP.

como também possibilitou a alteração dos contratos de concessão e partilha por meio de aditivos para corrigir as falhas verificadas na Política de Conteúdo Local (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS, 2018). Com essa dinâmica de atuação, controlador e regulador demonstram existir, de fato, um espaço compartilhado para a construção de soluções coordenadas que promovem a melhor realização do interesse público.

Considerações finais

O Estado regulador, moldado sob a égide de uma Administração policêntrica que redefine funções e agentes envolvidos nas atividades públicas, implica o entendimento de que a separação clássica dos Poderes e suas funções não mais são responsivas às demandas sociais da pós-modernidade.

O estudo da atividade estatal de formulação de políticas regulatórias é um exemplo academicamente rico para fomentar a discussão sobre a necessidade de redefinição de funções e de atribuição de novos limites à atuação dos Poderes e sua estrutura. Além do estudo do poder de fiscalização do Tribunal de Contas sobre as agências reguladoras, o caso aqui apresentado remete à discussão da postura que se espera dos agentes envolvidos: é melhor que desenvolvam a capacidade de articular-se na construção de soluções conjuntas do que tentem medir forças ou, no caso das agências, que acatem as decisões do TCU por medo.

Firmou-se entendimento de que à Agência cabe regular o setor de petróleo e ao TCU compete fiscalizar-lhe as atividades sob as óticas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Dando cumprimento a tais atribuições e tendo identificado possibilidades de

melhoria na Política de Conteúdo Local vigente, a Corte de Contas emitiu recomendações e determinações, auxiliando no aprimoramento da atividade regulatória da Agência.

Como visto, a função precípua da atividade regulatória é a de atuar de maneira eficiente moldando o comportamento dos agentes de um mercado, de forma a produzir o melhor resultado possível para a sociedade. Sob essa óptica, é possível que se entenda que, embora não exerça regulação, o TCU seja apto a desempenhar um importante papel na consecução da função regulatória. Isso porque, por meio de mecanismos de coordenação entre a Corte de Contas e os órgãos reguladores, é possível que se aproveite a *expertise* do Tribunal para que este venha a se tornar um parceiro que identifica possibilidades de aprimoramento nas políticas regulatórias, deixando de ser tão somente um controlador capaz de aplicar sanções.

Considera-se que “[a] legitimidade da regulação depende da implementação de instrumentos democráticos e das capacidades institucionais dos órgãos e entidades administrativas” (OLIVEIRA, 2015b, p. 55), e pode-se perceber, pelo desfecho do caso, que tanto o TCU quanto a ANP tiveram suas competências preservadas.

Atendendo às exigências da Corte de Contas¹⁰ e, ainda assim, mantendo sua prerrogativa discricionária na qualidade de autoridade reguladora, a ANP editou, em 2018, a Resolução nº 726/2018, que regulamenta os mecanismos contratuais de isenção (*waiver*), ajuste e transferência de excedente, trazendo ainda a possibilidade de aditamento dos contratos com novas exigências de conteúdo local.

¹⁰ “A publicação atende determinação do Tribunal de Contas da União (TCU) e dá mais transparência aos procedimentos de solicitação e de análise das previsões de isenção, ajuste e transferência constantes dos contratos de concessão da 7ª à 13ª Rodadas, nos de Cessão Onerosa e nos da 1ª e 2ª Rodadas de Partilha da Produção” (APROVADA..., 2019).

Sobre os autores

Bruno Dantas é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador visitante na Benjamin N. Cardozo School of Law, EUA, no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law, Luxemburgo, e no Institut de Recherche Juridique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, França; professor adjunto da graduação, do mestrado e doutorado em Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor associado do mestrado e doutorado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor titular do mestrado e doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil; ministro do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: min-bd@tcu.gov.br

Evandro Caldas é mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, Brasil; procurador-geral da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

E-mail: evandrocaldas@yahoo.com.br

Fernanda Martins é mestra em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: fernanda.mmartins@fgv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

DANTAS, Bruno; CALDAS, Evandro; MARTINS, Fernanda. A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP: um passo importante rumo à coerência regulatória. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 11-27, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p11

(APA)

Dantas, B., Caldas, E., & Martins, F. (2021). A sistemática de conteúdo local e a cooperação entre TCU e ANP: um passo importante rumo à coerência regulatória. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 11-27. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p11

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. *Resolução nº 726, de 11 de abril de 2018*. Estabelece os critérios, requisitos e procedimentos aplicáveis à isenção de cumprimento da obrigação de conteúdo local, bem como as regras gerais dos ajustes de percentual de conteúdo local comprometido [...]. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/10101131/do1-2018-04-12-resolucao-n-726-de-11-de-abril-de-2018-10101127. Acesso em: 15 abr. 2021.

AMBIENTE regulatório. *O TCU e o Desenvolvimento Nacional: contribuições para a Administração Pública*, [s. l., 20--]. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/desenvolvimento-nacional/ambiente-regulatorio.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

APROVADA resolução que regulamenta o *waiver* e o aditamento de contratos com novas regras de conteúdo local. ANP: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, [s. l.], 25 fev. 2019. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/noticias/anp-e-p/4411-resolucao-regulamenta-waiver-e-aditamento-novas-regras-conteudo-local>. Acesso em: 15 abr. 2021.

AUDITORIA operacional. TCU: Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União; Procuradoria-Geral Federal; Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Parecer n. 00312/2017/PFANP/PGF/AGU*. I. Minuta de ato normativo. Resolução ANP. Regulação dos institutos da isenção e do ajuste de conteúdo local [...]. Rio de Janeiro: ANP, 2017a. Disponível em: http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2017/n_20/PRG-Parecer_312-2017-Conteudo-Local.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8443.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. *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. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Ministério de Minas e Energia. Conselho Nacional de Política Energética. *Resolução nº 1, de 21 de março de 2018*. Estabelece diretrizes para que Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP avalie a possibilidade de adotar exigências de conteúdo local distintas daquelas vigentes nos contratos assinados até a Décima Terceira Rodada de Concessão, da Primeira e Segunda Rodadas de Partilha de Produção e da Cessão Onerosa. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/9749581/doi-2018-04-10-resolucao-n-1-de-21-de-marco-de-2018-9749577#. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 2.121/2017*. Representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Interessada: Telefônica Brasil S/A. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Relator: Min. Bruno Dantas, 27 de setembro de 2017c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2121%252F2017/%2520/DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão nº 3.072/2016*. Auditoria Operacional realizada na ANP com objetivo [de] avaliar os pedidos de *waiver* apresentados e a sistemática vigente da Política de Conteúdo Local. Análise das diligências. Entidades: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Ministério de Minas e Energia (MME). Relator: Min. José Mucio Monteiro, 30 de novembro de 2016. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3072%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=952d0be0-1d3d-11eb-a86d-d9a43bb2c3c1>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Plano estratégico do Tribunal de Contas da União 2015-2021*. [Brasília, DF]: TCU, 2015. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/planejamento/2021/doc/Plano%20estrat%C3%A9gico%202015_2021.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*: Especial, Brasília, DF, ano 39, n. 1, p. 1-83, 2 jan. 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

COMPETÊNCIAS. TCU: Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CONTEÚDO local. ANP: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, [s. l., 20--]. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/conteudo-local>. Acesso em: 15 abr. 2021.

FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency coordination in shared regulatory space. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 125, n. 5, p. 1.131-1.211, Mar. 2012. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_freeman_rossi.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

FUNCIONAMENTO. TCU: Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em: 19 dez. 2018.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

INSTITUCIONAL. ANP: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, [s. l., 20--]. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/institucional>. Acesso em: 15 abr. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios*: o caso TAC Anatel. [S. l.: s. n., 202-]. No prelo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015a.

_____. *Novo perfil da regulação estatal*: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000200003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 15 abr. 2021.

Fake news

Regulação ou metarregulação?

LUCAS FUCCI AMATO

Resumo: Tomando como referência teórica principal a sociologia sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann e suas aplicações no Direito, este artigo reflete sobre os desafios para o tratamento jurídico da disseminação de notícias falsas. Aborda primeiramente a coevolução entre formas de sociedade e meios de disseminação da comunicação, delimitando as *fake news* como fenômeno típico de uma sociedade digital. A seguir, define a emergência da autorregulação privada como uma expressão do Direito contemporâneo e nota a necessidade da metarregulação: de regular (pelo Direito estatal) a autorregulação (privada). Finalmente, analisa o art. 31 do Projeto de Lei das *fake news* (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet). Assim, o texto destaca as potencialidades do instituto da “autorregulação regulada” previsto nessa legislação para que sejam construídas experimentalmente normas capazes de disciplinar os comportamentos e as responsabilidades emergentes com o desenvolvimento das novas tecnologias e plataformas digitais.

Palavras-chave: Notícias falsas. Autorregulação. Opinião pública. Direito digital. Internet.

Fake news: regulation or meta-regulation?

Abstract: Taking as main theoretical reference the systemic sociology developed by Niklas Luhmann and its applications in law, this paper reflects about the challenges for the legal treatment of fake news dissemination. It approaches firstly the coevolution between forms of society and media for disseminating communication, defining fake news as a phenomenon typical of the digital society. Then, it defines the emergence of private self-regulation as an expression of contemporary law and notes the need for meta-regulation: for regulating (through state law) the (private) self-regulation. Finally, it analyzes article 31 of the Fake News bill (or Brazilian Law on Freedom, Responsibility and Transparency on the Internet). Thus, the paper notes the potential of the institute of

Recebido em 10/8/20
Aprovado em 18/9/20

“regulated self-regulation” foreseen in this legislation so that standards constructed experimentally can be capable of disciplining the behaviors and responsibilities emerging with the development of new technologies and digital platforms.

Keywords: Fake news. Self-regulation. Public opinion. Digital law. Internet.

1 Introdução

O tema das *fake news* emergiu como expressão contemporânea de uma sociedade mundial que se reproduz sobretudo por meio da comunicação digital. A atual pandemia do novo coronavírus (Covid-19) reforçou a tendência à digitalização dos diversos âmbitos sociais: ensino e trabalho, campanhas políticas, informação instantânea, tratamentos de saúde. Mas, afinal, qual a especificidade das *fake news* em relação a mentiras ou notícias falsas divulgadas por outros meios? Como o Estado pode tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais abusos de poder econômico?

Este artigo defende a hipótese de que a novidade, o grau de especificidade das tecnologias digitais, sua transterritorialidade e sua múltipla interferência sistêmica – na saúde, na economia, na política, na educação e em diversos outros campos – recomendam que o Estado não busque regular diretamente os comportamentos, mas vise primeiramente regular a autorregulação privada das plataformas digitais e redes sociais, as quais devem ser cobradas para desenvolver os mecanismos de responsabilização e os parâmetros de sancionamento devidos em relação a seus usuários. Esse primeiro passo – de regular a autorregulação – é o que se chama de “metarregulação”. Ela serve tanto para evitar a interferência estatal descontrolada sobre o exercício da comunicação digital quanto para prevenir que as empresas de mídia digital se imunizem diante das repercussões que seus serviços geram em toda a sociedade.

Centrado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e em suas aplicações na Sociologia e Teoria do Direito, este artigo propõe em primeiro lugar uma delimitação histórica do conceito de *fake news*, com base em um entendimento da evolução social dos meios de disseminação da comunicação. A seguir, o trabalho aborda as formas regulatórias emergentes contemporaneamente, que não se resumem à definição direta de

regras sobre condutas e responsabilidades nem à simples estipulação de princípios ou objetivos de políticas públicas. As formas jurídicas podem consistir em critérios procedimentais para uma regulação estatal da autorregulação privada. Finalmente, o trabalho analisa o conceito de *autorregulação regulada* proposto pelo Projeto de Lei (PL) das *fake news*, em tramitação no Congresso Nacional.

2 Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Luhmann (2012, p. 36) propõe substituir a metáfora da comunicação como transmissão de informação entre emissor e receptor por um conceito composto por três elementos: informação, uso (ou mensagem) e compreensão. A informação é distinguida em relação a um pano de fundo de sentidos já conhecidos; é a novidade (*news*) em relação à redundância. A mensagem é o ato de dar a conhecer uma informação, é a *performance* que um comunicador faz para produzir a informação¹. Por sua vez, a compreensão envolve discernir a informação propriamente dita (o conteúdo das proposições, o que foi dito) e os complementos contidos na mensagem (como foi dito). Como mostra o antropólogo Bateson (2000, p. 9-13), informações são “diferenças que fazem a diferença”; por isso, além das informações ditas, há informações “de outro tipo” contidas nos gestos, entonações e contextos. Apenas depois de compreender, alguém pode

¹ Apenas para ilustrar o entendimento da mensagem ou uso, poderíamos fazer um paralelo entre a concepção construtivista-sistêmica de Luhmann e a filosofia analítica, mencionando a teoria dos atos de fala de Austin (1962). Essa teoria descreve a “força ilocucionária” presente no ato de comunicação, para além do sentido gramatical de suas proposições; assim, as frases podem adquirir, por exemplo, o caráter de um veredito, de um exercício de poder ou influência, de uma desculpa, de promessa ou aposta, ou de exposição de alguma definição ou postulado.

dar sequência à comunicação, concordando ou rejeitando o que disse seu interlocutor.

A comunicação, por todos esses pressupostos, é um evento improvável. No entanto, é o elemento básico da sociedade. Como a sociedade supera, então, tal improbabilidade e se viabiliza? Luhmann (1981, p. 123-124) desdobra tal problemática em um tripé.

Em primeiro lugar, as mentes são sistemas fechados que reproduzem pensamento. Não temos acesso aos pensamentos dos outros. Vivemos em dupla contingência: não sabemos o que os outros estão pensando sobre o que estamos pensando. Os sistemas sociais são conjuntos de comunicações. Dada a separação das mentes, a comunicação só pode ser entendida dentro de um contexto, de um quadro de referência. Esse quadro é dado pelas expectativas, que são as microestruturas sociais, a teia de pressupostos que compartilhamos para podermos entender o que é comunicado.

Em segundo lugar, os sistemas sociais de interação – comunicação presencial, face a face – são muito fugazes. Os encontros duram pouco, são instáveis e difíceis de serem agendados e concretizados. Daí ser necessário construir sistemas sociais mais duráveis. É o caso das organizações, sistemas encarregados de tomar decisões, que contam com uma hierarquia definida de papéis complementares e que distinguem entre membros e não membros.

Em terceiro lugar, há o problema de como garantir sucesso na comunicação, o que demanda que alguém entenda a informação dada por outrem, confie nela e a tome como motivação para prosseguir com sua própria comunicação, em acordo ou desacordo. Os “meios de sucesso” da comunicação são simbolicamente generalizados: o poder, o dinheiro, a validade de uma norma, a verdade de uma afirmação. Para gerenciar o uso desses meios e desenvolver os critérios (programas) de aplicação dos seus

códigos (governo/oposição, ter/não ter, lícito/ilícito, verdadeiro/falso), a sociedade evoluiu de modo a construir sistemas funcionais, como a política, a economia, o Direito e a ciência. Existem, portanto, três níveis de sistemas sociais dentro do sistema social maior, que é a sociedade – trata-se das interações, organizações e sistemas funcionais.

Ao lado desses meios de sucesso – símbolos que motivam a atenção para uma comunicação –, há os “meios de disseminação” (LUHMANN, 2012, p. 120-123). São a infraestrutura material ou a tecnologia que permite gerar redundância na comunicação – confirmar a informação, transformando a novidade em conhecimento comum compartilhado. O quadro a seguir esquematiza a coevolução entre os tipos de sociedade (formas de diferenciação social, como diz Luhmann (2013, cap. 4)) e os meios de disseminação da comunicação.

Quadro

Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Forma de diferenciação social	Meios de disseminação	Característica
<i>Segmentária</i>	Comunicação oral face a face	Disseminação de informação restrita, baixa e lenta, basicamente entre conhecidos (membros da mesma comunidade).
<i>Centro-periferia</i>	Escrita	Disseminação mais ampla, sobretudo entre elites letradas.
<i>Hierárquica</i>	Imprensa	Nascimento da opinião pública, impulsionada pelos meios de comunicação de massa.
<i>Funcional</i>	Meios digitais	Poucos controles de seleção e certificação da informação; disseminação descentralizada em massa, de conhecidos a estranhos.

Fonte: elaborado pelo autor.

As sociedades segmentares eram aqueles grupos ligados principalmente pelo parentesco e com uma profunda distinção entre os de dentro e de fora, os membros e os estranhos. Podemos pensar no exemplo de uma tribo, com seus ascendentes comuns, seus laços de amizade e seu distanciamento de outras tribos, vistas como inimigas. Essa forma de sociedade tem um modo típico de comunicação. A comunicação presencial e oral implicava restringir a variabilidade da comunicação – seu uso, sua mensagem e compreensão supunham a adesão à mesma comunidade de vida e valores. A interação, a comunicação entre os presentes, era então estritamente limitada pelas estruturas, ou seja, pelas expectativas profundamente compartilhadas dentro do mesmo grupo. O Direito era costumeiro e interativo, sendo reafirmado por meio de rituais.

Quando algum grupo acumula mais recursos (terras e ferramentas, defesa militar e poder político, influência sacerdotal para definir a verdade, o certo e o errado), ele emerge como um centro e entra em uma relação geográfica assimétrica com suas periferias. Isso ocorria nas cidades-Estados e impérios antigos ou nas relações entre as áreas urbanas e rurais. Essa dependência geográfica também fomentou a dependência social, as relações de patronagem e clientelismo – como a relação entre a aristocracia e as pessoas livres, mas pobres – em sociedades marcadas pela escravidão. A comunicação torna-se mais complexa e variável, pois a escrita introduz mais possibilidades de variação de temas, e o distanciamento entre o escritor e o leitor implica maior liberdade de usos, mensagens, compreensão e interpretação. As mensagens podem durar e ser interpretadas em diferentes contextos espaciais, temporais e sociais. Interpretar é produzir textos com base em textos. Mas a alfabetização ainda é uma prerrogativa de um pequeno grupo social de reis e estudiosos, nobres e sacerdotes. O Direito é uma mistura de costumes e convenções sociais, com alguns decretos imperiais, e pode ser aplicado equitativamente pelos sábios no exercício de sua prudência. “O conceito aristotélico de justiça distributiva, por exemplo, assume a existência de uma sociedade estratificada na qual não há dúvida de que as pessoas diferem umas das outras por nascimento, sendo livres ou não livres, e por categoria” (LUHMANN, 2004, p. 218, tradução nossa).

A sociedade estratificada e hierárquica – como na ordem feudal e aristocrática europeia – emerge da concentração dos recursos nos centros, e então toda a sociedade (tanto os centros como as periferias) passa a ser integrada em uma hierarquia abrangente de estratos. A forma de diferenciação é aquela entre os nobres e o povo, com suas diferenças de experiência

de mundo e estilos de vida. A comunicação é restrita pelas expectativas compartilhadas dentro dessa ordem social, como se ela fosse um espelho da hierarquia divina das coisas e dos seres: o cristianismo definia os limites da variação admitida em crenças e mensagens. Gutenberg inventou a imprensa no século XV, e no século XVI a reforma protestante desvalorizou o papel da hierarquia da igreja como um intermediário entre os crentes e Deus. Promoveu-se o letramento; a Bíblia tornou-se um sucesso editorial, pois podia ser impressa, e sua leitura tornou-se a principal forma de praticar a fé. Esse foi o período das guerras religiosas na Europa.

A disseminação das habilidades de escrita e leitura deu origem à “opinião pública” – primeiro em clubes literários, depois em um público anônimo espelhado pela imprensa e colocado como o titular último da soberania política. As teorias do contrato social pareciam fundar a legitimidade do Estado sobre a vontade do povo. Mas essas teorias dos direitos naturais chegaram a um paradoxo: se qualquer um, nascido com uma razão natural, pudesse decidir o que era justo e injusto, o mundo chegaria a uma anarquia; seria necessário um soberano para definir a lei, para convencionar os critérios do lícito e do ilícito. A moral torna-se uma questão de crença pessoal – assim como a religião e a ideologia política. O Direito torna-se Direito positivo, estatal (LUHMANN, 2004, p. 139, 254-256 e 426).

A nova escala de comunicação e complexidade leva ao conflito, e a era das revoluções liberais culmina na formalização dos direitos naturais em declarações de direitos, constituições e códigos. O Direito é identificado com textos – lei, jurisprudência, doutrina jurídica. A sociedade moderna coloca a humanidade e o mundo como seu horizonte final de comunicação, apesar de ter formas nacionais de poder e legalidade. Como a política, o Direito, a religião ou a economia, os meios de comunicação de massa tornam-se

um sistema funcional, com seu próprio ambiente interno (seu público) e suas próprias organizações (imprensa e editoras, empresas de rádio e televisão). O sistema dos meios de comunicação de massa, diz Luhmann (2000), torna-se o principal mecanismo de memória social, responsável por definir o que devemos lembrar e o que devemos esquecer.

Como havia analisado Habermas (1989), as revoluções liberais do século XVIII, que adiantaram algumas das bases institucionais da democracia representativa contemporânea, foram produzidas em um contexto de revolução nos meios de disseminação: a emergência da imprensa livre e da publicação livre de livros e folhetos, agora sem censura real. A semântica da “sociedade civil” passou então a significar a transição do autoritarismo e da estratificação (do antigo regime) para a sociedade liberal, uma sociedade de classes com grupos de opinião relativamente fluidos (KOSELLECK, 2002). Uma nova cultura urbana – estruturada não apenas por técnicas de imprensa (no sistema de mídia de massa), mas também pela difusão da alfabetização (sistema de educação) e pelo crescimento das universidades (sistema da ciência) – promoveu novas arenas de divulgação e debate de ideias políticas. Enquanto até então a política era uma questão da aristocracia que ocupava os órgãos políticos, começando nos níveis locais de governo (como nas câmaras das vilas do Brasil colonial²), agora ela estava desligada do vínculo exclusivo com a nobreza.

Não é mais a comunicação que parte de um centro político (do rei, da família real, da sociedade nobre da Corte ou do clero) e caminha no sentido de muitos súditos, mas antes a comunicação de casa a casa, de vizinho a vizinho – esse é o modelo segundo o qual começa a circular o conhecimento de opinião nas grandes cidades como Londres com auxílio dos meios de imprensa. [...] a opinião pública se transforma em uma nova forma de poder anônimo e invisível, em um sujeito (ficcional) que não pode mais ser contornado em assuntos públicos (VESTING, 2020, p. 197).

Como observa Vesting (2020), essa sociedade burguesa comercial – a “sociedade civil” na época do Iluminismo – valoriza a autoapresentação do indivíduo nas relações comerciais e na bolsa de valores, nos cafés, clubes e sociedades literárias, no teatro e na ópera, na política e na moral (como na concepção de Adam Smith sobre o “espectador imparcial”, perspectiva crucial para uma teoria dos “sentimentos morais”). Cada um observa a si mesmo e aos outros através do espelho da “opinião pública”, pedindo empatia e atraindo simpatia ou antipatia. Agora todos podem reagir às decisões parlamentares, formulando sua própria opinião. No Direito, a

² Ver Caldeira (2015, p. 44).

esfera pública emerge em torno dos “direitos do cidadão” e dos “direitos subjetivos”. Na economia, por meio dos preços no mercado, onde cada um representa algum fator de produção (tais como tecnologias para os inventores, capital para a burguesia e trabalho para o proletariado). No século XIX, surgiram novas mídias: jornais diários, fotografia, filmes mudos, rádio e livros de bolso. Isso pressionou a cultura burguesa contra a cultura de massa. A opinião pública ganharia então uma configuração pluralista-corporativa, sendo modelada em seus temas por organizações formais da “sociedade civil”: sindicatos trabalhistas e patronais, partidos políticos (elitistas ou de massa), igrejas, associações, editoras e estações de rádio. O Direito foi pressionado a reconhecer direitos coletivos e liberdade de associação. Em linguagem sistêmica, surge uma periferia política diferenciada, agrupando as comunicações individuais e mediando entre o Estado (o centro organizacional do sistema) e a opinião pública (a esfera pública da política). O valor social e o peso político de uma pessoa variam de acordo com sua filiação e posição em alguma organização e carreira, seja no Estado, seja na empresa privada.

A transição da oralidade para a escrita, a formação da imprensa e o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa tiveram seus contornos próprios no caso brasileiro³. Aqui a imprensa só se desenvolve mais amplamente a partir da vinda da Família Real, em 1808; até 1821, porém, só havia a Imprensa Régia, submetida à censura oficial. Poucas faculdades, como as de Direito e Medicina, foram sendo criadas. O voto era censitário e a sociedade mostrava uma combinação de estratificação social rígida com escravidão. Tardamente, em especial durante a República Velha, é que haverá um crescimento maior dos veículos de imprensa,

³ Ver Amato (2019).

mas a Constituição de 1891 ainda vedava o voto aos analfabetos. Havia, então, uma cisão entre a opinião pública que formava e refletia as posições dos letrados (jornais) e a opinião popular formatada por um veículo que se democratizava: o rádio. A insatisfação popular, sua incompreensão ou rejeição de parâmetros modernos (de saúde, por exemplo, como no episódio da Revolta da Vacina em 1904), via-se sem canais institucionais de processamento pelo sistema político. A população de uma sociedade rural em desagregação perdia suas referências costumeiras e locais de sentido; estava agora submetida não apenas à escassez de informação, mas também a relações de clientelismo que colocavam seu voto sob controle direto dos “coronéis” latifundiários. A revolução de 1930 propôs organizar a opinião pública por meio de grupos profissionais, colocando o corporativismo como solução urbana e industrial para uma sociedade que deixava de ser predominantemente rural e agrária. As universidades formarão uma nova elite profissional. O populismo se desenvolverá também, como modalidade de comunicação típica de uma sociedade de massas ainda carentes de participação política. No período democrático sob a Constituição de 1946, a televisão chega ao Brasil e progressivamente se transformará no principal meio de formação da opinião pública. A partir de então, o controle desse meio – regulado mediante concessões públicas – virá a ser uma das chaves da comunicação política. A inclusão das massas populares no processo político demandará ora as boas relações com (ou concessão das) as principais empresas de comunicação, ora seu controle político autoritário (por exemplo, pela censura oficial). É revelador que, entre 1960 – quando os brasileiros elegeram o último presidente civil antes do golpe militar – e 1990 – quando tomou posse o primeiro presidente eleito diretamente após a ditadura –, o percentual de votantes em relação à população

total brasileira tenha saltado de 18% para 50% (NICOLAU, 2004, p. 46). Só a partir de então é que mais da metade da população brasileira realmente compareceria às urnas.

É nesse contexto de sua história política e midiática que o Brasil adentra o século XXI, a era dos meios digitais de comunicação. O surgimento de novas tecnologias de comunicação e sua instrumentalização pela disputa eleitoral representaram novos desafios para um processo eleitoral adequado, no qual o poder econômico e midiático dos candidatos deveria ser filtrado por regras impessoais limitadoras dos meios admitidos na competição política. O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral têm sido confrontados com essa exigência, especialmente desde as eleições nacionais de 2018, sobretudo na disputa presidencial – na qual o amplo uso de notícias falsas levou a reclamações judiciais perante os tribunais superiores.

Notadamente na última década, o que emerge é uma opinião pública desagregada, baseada em comunidades fluidas e em fluxos de comunicação intermediados pelas empresas digitais globais. As empresas tradicionais de mídia de massa – como os canais de TV – tornam-se cada vez mais dissociadas do público em geral e de suas percepções e opiniões, que são fabricadas, refletidas e ecoadas alhures. Assim,

chega-se à situação de que fenômenos muito novos como aqueles das *shit-storms* e das *fake news* tornaram-se possíveis: uma cultura de permanente transgressão e dissolução de fronteiras, do constante oscilar entre a expressão de opinião (em conformidade com as regras) e a ofensa (em desconformidade com as regras), entre esfera pública e esfera privada, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes etc. (VESTING, 2020, p. 205).

O renomado escritor e estudioso da comunicação e semiótica Umberto Eco profetizou: “[a] mídia social dá o direito de falar a legiões

de imbecis que antes só falavam no bar após um copo de vinho, sem prejudicar a comunidade”. Ontem, diz Eco (apud NICOLETTI, 2019, tradução nossa), “[e]les eram imediatamente silenciados, enquanto agora eles têm o mesmo direito de falar que um ganhador do Prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis”.

A novidade do advento das “redes sociais” digitais é que a diferenciação interna entre o público que consome informações e as empresas de mídia que selecionam, produzem e divulgam a mensagem chega a um curto-circuito. Os guardiões da informação são desacreditados – a imprensa é vista como parcial, como amiga ou inimiga do governo ou da oposição. Uma multidão de pessoas se tornou produtora e consumidora de informações, e não há uma posição final de observação de segunda ordem que possa atestar com segurança a verdade ou a inverdade das notícias (mesmo as agências de *fact-checking* são colocadas sob as suspeitas de parcialidade que atingem os meios tradicionais de comunicação de massa). A interação – por presença física ou por telefone – podia disseminar mentiras e erros, mas seu nível e velocidade de difusão eram limitados. Quando as pessoas podem dizer a grupos cada vez mais amplos e interligados quais são suas opiniões, pontos de vista ou “descobertas”, a comunicação pessoal eleva-se ao nível do sistema funcional de mídia. A informação como um todo e as mensagens – incluindo notícias falsas – também se tornam desligadas de seus fornecedores originais e passam a pertencer ao sistema “anônimo” da comunicação digital autorreferente. Em um mundo de credos livres e divergentes, a comunicação não é restringida por costumes comuns, como em uma tribo. Mas uma organização neotribal de credos políticos emerge para pressionar os limites de tolerância que o Estado liberal institucionalizou após as guerras religiosas. Uma crise generalizada de expectativas contamina

uma sociedade que foi estruturada por meio de papéis específicos e de competências comunicativas delimitadas: da política e dos políticos, da ciência e dos especialistas, do Direito e dos juristas. Neste contexto de crise, surge o populismo para simplificar excessivamente os resultados das pesquisas científicas, para desconfiar dos especialistas, para corroer os procedimentos de tomada de decisão política sob o Estado de Direito.

A democracia contemporânea baseia-se em uma triangulação processual entre uma esfera pública (uma opinião pública generalizada pelo sistema funcional dos meios de comunicação de massa), organizações periféricas (partidos, grupos e movimentos que agrupam programas e reivindicações políticas) e a organização central (o Estado, sua burocracia e seus poderes políticos, cuja tomada de poder é institucionalizada por meio da cisão entre governo e oposição) (LUHMANN, 2014b; TORRES NAFARRATE, 2009). Pela representação, as decisões são desdobradas em decisões sobre quem irá decidir. Há uma tendência de que os políticos se tornem mais profissionais. O povo toma uma decisão de segunda ordem: elege aqueles que decidirão sobre questões substantivas, criando leis e definindo políticas públicas; uma autonomia relativa é institucionalizada entre o eleitor e o eleito, já que o mandato é representativo, não imperativo. A separação de Poderes idealizada nos séculos XVII e XVIII vem a se alterar, especialmente sob o impacto dos partidos de massa, organizados a partir dos séculos XIX e XX.

Essa engenharia institucional dá origem a um modelo de competição partidária pluralista (DAHL, 1989): em sua dinâmica, os cidadãos votariam com base em uma identificação ideológica com os valores e programas professados pelos partidos. Eles escolheriam confiar em significados abstratos e impessoais debatidos e esclarecidos publicamente na arena da opinião

pública – uma arena dentro do sistema político, mas dependente dos serviços prestados por um acoplamento estrutural com o sistema dos meios de comunicação de massa. Mesmo que a democracia atual seja definida como uma competição entre as elites pelo voto das massas (SCHUMPETER, 2003, cap. 22), esse cenário institucional é crucial para a identificação anônima e generalizada das tendências e posições na esfera da opinião pública.

As distorções do modelo liberal-democrático de competição partidária pluralista são conhecidas na história política brasileira, embora – como a onda global contemporânea de populismos autoritários de direita – não tenham um caráter nacional distinto. Dois pares de distorções típicas afetam esse esquema básico de democracia eleitoral: por um lado, o clientelismo e o corporativismo; por outro, o populismo e o autoritarismo. Esses tipos combinam-se em diferentes graus, dependendo do contexto histórico. O novo protagonismo das redes digitais desestabiliza a representação política (e outros setores, como a saúde pública), assim como a emergência da imprensa, da televisão ou do rádio alteraram a base comunicacional em que a sociedade e seus subsistemas se reproduzem. A própria representação política assume ares de mandato imperativo, em conexão constante com os eleitores e suas demandas repercutidas nas redes.

Vesting (2020) analisa a mudança na formação da opinião pública trazida pela inteligência artificial e pela gestão de *big data*. Empresas especializadas em fornecer *marketing* customizado de acordo com algoritmos de aprendizado automático que agregam dados sobre preferências de potenciais eleitores (como pistas que deixamos em redes sociais) possibilitam uma abordagem muito mais personalizada e eficiente a nichos do eleitorado do que os comícios em praças públicas ou discursos na televisão, eventos

comumente usados pelos políticos como meios para “falar diretamente às massas”. Esse fenômeno implica em grande medida uma substituição da identificação com ideologias, programas e partidos – que medeiam entre preferências individuais e problemas e agendas coletivas – pela abordagem personalizada da própria identidade, situação particular, necessidades familiares e preocupações imediatas. Os dados psicométricos permitem que as campanhas eleitorais tracem o perfil de seus alvos à medida que esses eleitores constroem comunicativamente sua própria identidade, por meio das informações que produzem e consomem em redes digitais. A política observa cada um como cada um pretende ser observado, de acordo com os rastros deixados na rede mundial⁴. Assim, os sistemas sociais (como a política) decodificam os corpos e mentes dos indivíduos – configurando as *personae* políticas dos eleitores e construindo os discursos e gestos dos personagens-candidatos.

Desse modo, cada um pode ser apenas seu próprio Narciso, o que dificulta a tarefa, essencial para o sistema político e para a democracia representativa, de agregar opiniões individuais e coletivas e formular uma opinião pública universalista. A resposta jurídica usual – simplesmente ampliar o alcance da “liberdade de expressão” – pode então violar a tolerância e o pluralismo em que se baseia a própria sociedade diferenciada. Uma nova governança das autonomias digitais é necessária. Devem-se discernir, por exemplo, as mídias sociais de acesso público ou menos privado – como *Facebook* (funcionando desde 2004), *YouTube* (2005), *Twitter* (2006) ou *Instagram* (2013) – e a comunicação privada por redes digitais, como em grupos de *WhatsApp* (2009). Enquanto a autorregulação do conteúdo (inclusive de mensagens extremistas políticas)

está avançando em relação ao primeiro grupo (por exemplo, o *Facebook* criou em 2020 um Conselho de Supervisão), isso é muito mais difícil em relação à comunicação em grupos efetivamente privados.

Retomando as definições conceituais do início deste tópico, podemos compreender a especificidade do fenômeno das *fake news*. Não se trata da mentira propagada dentro de uma pequena comunidade com fronteiras locais, nem da quebra dos segredos da corte em uma sociedade estratificada. Trata-se de um fenômeno vinculado à própria tecnologia dos novos meios de comunicação de massa – as plataformas digitais⁵. Os meios de disseminação são responsáveis pela redundância social. Os meios digitais protagonizam a dinâmica em que a informação atrai a atenção dos usuários por ser facilmente decodificada e atrair uma forte apreciação moral (de apoio ou repulsa) – até aí, também o rádio ou a televisão constroem sua audiência dessa maneira. Porém, especificamente nos meios digitais há uma distinção no nível da mensagem: a informação é confirmada por uma série de mensagens similares de pessoas de confiança (geralmente parentes, amigos e colegas de trabalho). Assim, por meio da redundância (que caracteriza o aspecto massificado dos meios de disseminação), a mentira repetida ganha o valor social de “verdade”. Nas plataformas digitais, os controles sobre as fontes e a acreditação da informação são inexistentes (livre acesso e publicação nas redes) ou desautorizados (quando a mídia tradicional ou as agências de *fact-checking* repercutem as informações das redes, fazendo

⁵ Baecker (2006) propõe relacionar as fases típicas da evolução social com algumas teorias paradigmáticas: à fase da escrita corresponderia a emergência do finalismo aristotélico; o racionalismo individual cartesiano (ou kantiano) expressaria o advento da imprensa; a teoria dos sistemas sociais de Luhmann (com seus conceitos como autopoiese, autorreferência, autologia e codificação binária) seria a expressão descritiva da sociedade organizada pelos *media* digitais.

⁴ Sobre a construção de “perfis”, ver Moeller e D’Ambrosio (2019).

uma observação “de segunda ordem” do que as redes sociais observaram). Assim, a compreensão que se tem da mensagem (confiança quanto ao “transmissor”) e da informação (moralmente carregada) passa a constituir uma “narrativa” *prêt-à-porter*. Essas bolhas de comunicação digital engajam as pessoas em uma rede que já provê os contra-argumentos para narrativas discrepantes e para a desautorização de informações e mensagens que venham a conflitar com o repertório cultivado dentro do grupo. Formam-se expectativas com alta carga normativa – de resistir diante de fatos que as contrariem – e baixa capacidade cognitiva de aprender com os fatos e revisar crenças.

3 Regulação ou metarregulação?

Diante das novas tecnologias de comunicação, a privacidade dos dados pessoais foi posta em risco pela instrumentalização de tais informações para fins eleitorais e comerciais, com efeitos políticos, sanitários e educacionais, entre outros. Como uma questão de fronteira, tal fenômeno envolve fluxos de comunicação transnacionais. Como um problema jurídico da sociedade mundial, a questão levanta propostas e iniciativas de regulamentação além do nível dos sistemas jurídicos nacionais, o que não exclui – apenas torna mais complexas – as tentativas de lidar com o problema no nível da constituição, das leis e das sentenças produzidas dentro de uma determinada ordem nacional (doméstica).

Uma profunda dúvida diz respeito a como programar o Direito no complexo cenário contemporâneo da sociedade mundial baseada na mídia digital. O modelo racionalista para os positivistas formalistas do século XIX era a filosofia moral de Kant: uma “racionalidade rígida, dedutiva, abrangente [...] pronta, embalada em um imperativo incondicional” (VESTING, 2018, p. 18, tradução nossa); assim se construiu a imagem do Direito (ao lado da ética) como conjunto de signos, um sistema linguístico ou ideal, uma hierarquia única (estatal) de fontes (oficiais), com as normas sendo escalonadas por relações lógicas de validade e formando um conjunto completo e coerente.

Há um século, Weber (1978, p. 880-889) chamava tal concepção de “racionalidade formal” – uma pretensão de sistematização completa das premissas decisórias do Direito –, mas já notava tendências “antiformalistas” ou de “materialização” do Direito, isto é, de permeabilidade a juízos políticos, econômicos ou éticos não previamente filtrados pelas normas positivadas. De fato, o Direito liberal buscava sua plena autonomia, sua imunização diante de outros juízos (tidos como subjetivos) que pudessem incidir sobre a justificação das decisões administrativas ou judiciais

de aplicação da norma, ao passo que o Direito do Estado social buscou construir uma maior “responsividade”, autorizando juízos discricionários em busca da justiça substantiva no caso concreto (NONET; SELZNICK, 2001).

Nos termos da sociologia jurídica sistêmica (LUHMANN, 1983, cap. 4-5, 2004, p. 196-203, 2014a, p. 174-185), pode-se associar a primeira forma de normatização jurídica com a construção de programas decisórios condicionais, com hipóteses de incidência claramente delimitadas e consequências devidas bem estipuladas (se x , então y). Por sua vez, o Estado social procurou construir compensações, pela via do Direito público, às formas clássicas do Direito privado. Para tanto, disseminou cláusulas abertas, como as de “função social” ou “ordem pública”, e trouxe para o próprio Direito privado juízos mais concretos e particularísticos; por exemplo, por meio da verificação da “boa-fé” ou da ausência de “abuso de direito”. Todos esses padrões normativos dão maior abertura a um juízo equitativo e finalístico, compensatório da rigidez das regras universais, gerais e abstratas. Especialmente no Direito público, a definição principiológica ou a mera demarcação de objetivos de política pública fornecem programas decisórios finalísticos, que definem um estado a ser atingido, mas não predefinem os meios para concretizá-lo. Tal indeterminação precisa ser gerenciada no momento de aplicação do princípio ou da *policy*. Nesse momento ocorre uma “condicionalização” dos programas finalísticos: é preciso definir as hipóteses e consequências autorizadas pelo Direito positivo, moldando a regra para o caso concreto. De um lado, o intérprete-aplicador (tipicamente, o administrador ou juiz) é imunizado das responsabilidades (jurídicas ou políticas) de sua decisão sobre quais meios são propícios a atingir os fins definidos; de outro, uma decisão judicial buscará analisar os meios e fins nos limites do caso concreto (por exemplo, analisando a proporcionalidade de medidas alternativas), sem considerar as medidas mais eficazes “em geral” (fora das alternativas delimitadas na controvérsia sob juízo). Nesse sentido, embora sujeito a justificar a adequação e necessidade de suas escolhas, o administrador permanece com uma discricionariedade relativa para definir, por juízo de conveniência e oportunidade, as formas de concretização da política pública.

Essa visão de exclusividade estatal-nacional da programação jurídica vem cedendo diante da globalização econômica, sanitária, científica e comunicacional. Crises, pandemias, pesquisas e estratégias de comunicação espriam-se além das fronteiras do Estado-nação, embora demandem que este também as gerencie. Com isso, para o Direito, “[e]m vez da hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas, e

hierarquias enredadas que formam ‘anéis estranhos’, retomando a imagem de Hofstadter”, diz Delmas-Marty (2004, p. 87-88), visualizando entre ordens jurídicas diversas relações de “hierarquias descontínuas e pirâmides inacabadas”. Em um só sistema jurídico (sob os pressupostos da soberania política e do monismo jurídico), há critérios consensuais para a integração de lacunas regulatórias e para a solução do conflito aparente de normas. Entretanto, entre ordens jurídicas diversas, há uma colisão cujos desdobramentos não estão programados.

Por isso, se Luhmann sustentava uma imagem predominantemente estatal do Direito (nacional ou internacional) (THORNHILL, 2021), vários teóricos sistêmicos do Direito têm procurado, desde fins do século XX, apontar a emergência de ordens jurídicas transnacionais, setoriais, não estatais, as quais acabam criando uma normatividade própria para lidar com problemas comuns a toda a sociedade mundial – caso do comércio internacional, da internet, dos direitos humanos, do esporte, da saúde e, agora, das *fake news*.

Da hierarquia unitária de normas passa-se a uma rede heterárquica de padrões e ordenamentos conflitantes (LADEUR, 1997, 1999). Hoje, o sistema jurídico aparece como uma arena da sociedade em que disputam espaço vários ordenamentos conflitantes, “um *loop* infinito de incessante adiamento”, e a autoridade e a justificação do Direito repousam em última instância sobre “uma racionalidade difusa (sem centro)” (VESTING, 2018, p. 21-23, tradução nossa). As Constituições modernas surgiram como uma Carta, um único documento representando a unidade do Estado-nação soberano, mas agora seus equivalentes – como a ordem transnacional dos direitos humanos e digitais – só podem evoluir como regulamentações fragmentadas e setoriais⁶, com múltiplas ligações e mediações entre si⁷, seguindo a transterritorialidade, heterogeneidade e as infinitas autorreferências e heterorreferências proporcionadas pela comunicação na rede mundial de computadores, com sua ilimitada hiperligação.

O tratamento jurídico das *fake news*, de sua produção e disseminação, de suas repercussões e responsabilidades, coloca especiais desafios ao sistema jurídico, especialmente ao Direito estatal nacional. Esse ordenamento tem dificuldades em processar demandas que são, ao mesmo tempo: (1) ainda pouco programadas pelas instâncias políticas e burocráticas (legislação e regulação); (2) altamente baseadas em expectativas cognitivas (a *expertise* a respeito dos novos meios de disseminação da informação); (3) com múltiplas interferências sistêmicas (especialmente

⁶ Ver Teubner (2012).

⁷ Ver Neves (2009).

na política, na mídia, na economia, na ciência e na saúde); e (4) de caráter transfronteiriço (tecnologias mundiais privadas).

Segundo a teoria dos sistemas (LUHMANN, 2004, cap. 7, 2014a, cap. 4), a programação do sistema jurídico baseia-se em “decisões programantes” tomadas por organizações da periferia do sistema jurídico (como os parlamentos, os acordos privados, os regulamentos administrativos, as formas de mediação e solução adequada de disputas) e em “decisões programadas” tomadas pelas organizações centrais do sistema jurídico (os tribunais). Portanto, o déficit de programação característico de problemas jurídicos emergentes impele os tribunais a decidir sem dispor de critérios seguros, elaborados pela legislação, consolidados pela jurisprudência ou convencionados pela doutrina. Nesses problemas exemplares, como é o caso da regulação das *fake news*, uma providência importante é adensar a periferia do sistema jurídico (desenvolvendo critérios e organizações para programarem os conflitos potenciais), sem o quê os tribunais sofrem ao mesmo tempo uma avalanche de casos e uma falta de bases jurídicas para lastrear suas decisões.

Assim, também cabe considerar que o Direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, ao passo que sistemas como economia, ciência e os meios de comunicação de massa trabalham primacialmente com expectativas cognitivas (LUHMANN, 2014a, p. 31-39). A insegurança do Direito – em não dispor de critérios para mensurar o risco que as novas tecnologias trazem para a privacidade dos cidadãos, para as regras do jogo da disputa eleitoral ou para a saúde pública – pode provocar disfuncionalidades no sistema jurídico, retardando respostas adequadas. As tentativas de regulação nacional do tema esbarram no caráter transnacional dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização. A questão

torna-se, então, um problema de regulação dentro do pluralismo jurídico da sociedade mundial.

A definição estrita de programas condicionais implica um regramento minudente das situações, o que parece não recomendável diante de uma temática emergente como as *fake news* e de uma tecnologia ainda restrita ao controle de algumas poucas empresas transnacionais, como as plataformas das redes sociais digitais.

A indicação indeterminada de programas finalísticos abre zonas de controvérsia e discricionariedade dentro da Administração Pública e do Judiciário. Parece tratar-se de uma ferramenta também imprópria para um tema que envolve repercussões jurídicas sensíveis, como o conflito potencial entre liberdade de expressão, privacidade de dados pessoais e direitos políticos, sanitários ou educacionais.

Uma sociedade complexa e diferenciada em várias arenas comunicativas coloca uma série de problemas específicos com um grau de incerteza tal que a simples ordenação “de cima para baixo” pelo Estado pode criar um Direito incapaz de tratá-los. Seu pressuposto, afinal, é um Estado autossuficiente, isolado e uma hierarquia de comando e controle, em que a política e o alto escalão da Administração Pública planejam, e os funcionários em contato direto com os cidadãos simplesmente executam o que lhes foi comandado nas diversas áreas das políticas públicas (educacionais, sanitárias, científicas, econômicas). Em contraponto a tal configuração jurídico-estatal surge o diagnóstico de que a legislação, a jurisprudência e o regramento administrativo podem ser instrumentos excessivamente rígidos, lentos ou insensíveis para enquadrar juridicamente fenômenos emergentes. As teorias políticas, jurídicas e econômicas passam a valorizar então os discursos da “regulação” e da “governança”. A teoria jurídica passa a falar de “direito reflexivo”,

“programas relacionais”, “procedimentalização” e “autorregulação regulada” (como será discutido no próximo tópico).

Para sumarizar o que está em jogo na redefinição do perfil jurídico das políticas públicas diante dos modelos recebidos de paradigmas liberais e social-democratas, seria necessário evitar o “trilema regulatório” (TEUBNER, 1986a). Em suma, um Direito sem capacidade de concretizar e executar suas prescrições recai no simbolismo: não consegue estruturar suficientemente as expectativas, fazendo proliferar proclamações vagas e ambíguas de valores.

De outra parte, um Direito mobilizado como simples instrumento do poder estatal perde consistência, é invadido e alienado por imperativos de outros sistemas, dissipa-se em sua auto-organização, torna-se disfuncional: não consegue generalizar congruentemente expectativas normativas, fazendo-as resistir a desilusões. Por vezes, usa-se o Direito como mero canal de comunicação de mensagens políticas, econômicas, educacionais, sem aceitação dos controles jurídicos internos, de consistência, procedimentos devidos e garantias. Ao lado do simbolismo e do instrumentalismo, há um outro beco sem saída: a “juridificação” (TEUBNER, 1987), entendida como hiper-regulação dos sistemas sociais (economia, política, educação, ciência) pelo Direito.

Positivamente, a saída do trilema regulatório (TEUBNER, 1986a) enfatiza então as necessidades de coordenação entre os sistemas (em oposição à legislação ou regulação “simbólica”), de externalização (promovendo a concepção de mecanismos de autorregulação, em contraste com a “juridificação”) e de autonomia (atenção à autorreferência jurídica, impedindo o “instrumentalismo”). Um exemplo (TEUBNER, 1986b) seriam os mecanismos de codeterminação capazes de auto-organizar dentro das empresas uma “democracia industrial” – o papel

do Estado seria induzir, negociar, coordenar as empresas para que desenvolvam esses mecanismos, e não impô-los externamente.

Por vezes se diz que o Estado social keynesiano, com maior atuação no planejamento e na intervenção econômica, é um “Estado regulador”. Esse é o sentido norte-americano da configuração governamental que emergiu a partir da crise de 1929 e desenvolveu no âmbito do Estado uma série de agências, corporações e empresas públicas voltadas a regular setores como os serviços públicos e âmbitos como o mercado de capitais, o mercado de crédito imobiliário, as relações de trabalho e o desenvolvimento regional. Nesse sentido, as novas formas estatais e mistas de governo e governança seriam então “pós-regulatórias” (CALVO GARCÍA, 2018). Em outros casos, diz-se que o Estado regulador é justamente aquele que adota uma institucionalidade neoliberal, que abre espaço à iniciativa privada e às organizações sociais – justamente, à autorregulação – e retrai-se de sua atividade planejadora e empreendedora direta, concentrando-se na regulação setorial e na defesa da concorrência (FARIA, 1999, 2011). Tendo esclarecido a equivocidade do termo, o que importa é notar que os discursos e as formas jurídicas que marcam a passagem de um governo nacional hierárquico e unitário para uma governança mista (público-privada) e multinível, e de uma regulamentação administrativa minudente (pelo Estado) para uma regulação à distância das atividades privadas (econômicas, midiáticas, sanitárias), trazem tanto indícios descritivos importantes quanto pretensões de legitimação problemáticas (AMATO, 2013-2014; CHRISTODOULIDIS, 2020).

À luz de um modelo privatista relacional, a abertura dos enquadramentos do Direito público à negociação entre várias “partes interessadas” (*stakeholders*) expressa uma nova semântica jurídica, mais tecnificada e que cog-

nitiviza expectativas normativas, *i.e.*, submete a *expertises* tecnocráticas e a critérios “prudenciais” de gerenciamento de riscos as bases da legitimidade jurídica. Externaliza-as para a ciência e a economia (“experimentais” e “competitivas”), em vez de remetê-las ao sistema político (“representativo” ou “participativo”). Essa espécie de desvio da politização decisória pode recair então facilmente em uma tecnificação mercadológica. E no neocorporativismo procedimental reapresentam-se, então, os velhos problemas do corporativismo: nem todos estão incluídos e organizados para negociar, de modo que a juridicidade imanente aos sistemas funcionais e organizacionais, esse “direito reflexivo” heterárquico, divergente da solução unitária estatal-burocrática, não pode realizar sequer uma “democracia organizacional” se meramente abandonado à autorregulação (FARIA, 1999, p. 281-291). Muito menos esse Direito pode ser referido como uma “autoconstitucionalização” propelida espontaneamente por investidores e consumidores no mercado – na linha de Teubner (2012) –, prescindindo do sistema político e da mediação estatal mais universalista⁸.

Em vez de abandonar os temas difíceis à autorregulação privada, pode-se tanto pensar em formas (estatais) de Direito privado que abram espaço e definam parâmetros para a formação de ordens jurídicas privadas (mais complexas que os negócios jurídicos atípicos abrangidos tradicionalmente na concepção de autonomia privada) quanto em quadros de Direito público que tratem da autorregulação. Nesse sentido, Amato (2018, p. 256-257) sugere a categoria constitucional de direitos fundamentais de “autonomia”. Simplesmente vedar a autorregulação e pretender substituí-la por uma direção estatal seria contraproducente em

setores altamente complexos e especializados: neles, a coexistência de diversas ordens jurídicas e de ordens jurídicas de perfis variados (algumas estatais, outras privadas) pode levar a uma dinâmica de aprendizados regulatórios mútuos. Por outro lado, não se pode deixar as ordens autorreguladas construírem uma imunidade absoluta diante das ordens estatais democraticamente legitimadas. Logo, tais direitos de autonomia poderiam funcionar como pretensões que garantissem o monitoramento da ordem jurídica autorregulada pelo Direito estatal (nacional, internacional ou supranacional) e a exigibilidade do devido processamento de violações e reclamações na ordem privada. Esses direitos seriam uma das formas possíveis de “metarregulação”, isto é, de regular a capacidade autorregulatória de organizações e redes setoriais.

4 Autorregulação na Lei das *fake news*

Diante de sistemas especializados – como o dos meios de comunicação de massa –, o Direito estatal precisa alinhar-se à dinâmica autorreferente do sistema no qual intervém, transformando-se mais em uma “inter-referência” (WILLKE, 1992, p. 379, 2016, p. 27-33). A intervenção exige autolimitação do sistema interventor e adaptação aos critérios e dinâmicas do sistema que está sendo apoiado, com fomento à capacidade de organização desse sistema. A construção de interfaces procedimentais – âmbitos de negociação (conselhos, comitês, comissões), organizações intermediárias mistas (público-privadas), procedimentos regulados de seleção e monitoramento – ajuda a encaminhar produtivamente os conflitos e reger os discursos dos representantes de cada sistema funcional e organizacional em heterorreferên-

⁸ Ver a crítica de Amato (2015).

cia. O que se visa, afinal, é menos ao consenso do que à conectividade de novas informações, à tradução das comunicações de um sistema a outro, conforme seus códigos, programas e intransparências mútuas. O ponto de chegada é uma expansão das opções (comunicativas, políticas, educativas, sanitárias, assistenciais, artísticas) para cada sistema; portanto, uma ampliação de sua liberdade.

Teubner (1983, 1986a, 1992) designa como “direito reflexivo” as formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam na dinâmica autorreferente de outros sistemas (como a economia, as empresas e os sindicatos, ou a educação, as escolas e as associações de pais)⁹. Outros autores chamam tal formatação jurídica autorregulatória de “programas relacionais” (WILLKE, 1986) ou de “procedimentalização” (WIETHÖLTER, 1986, 2011). Nessa dinâmica de procedimentalização dos conflitos, o órgão decisório trata de estabelecer os parâmetros (normas e garantias processuais, e não os objetivos ou resultados) pelos quais as partes do conflito devem prosseguir na sua relação contínua, no decurso da qual devem realinhar as suas expectativas, resolvendo elas próprias as escolhas concorrentes de meios e as diferentes interpretações dos fins. De fato, aqui o juiz ou árbitro é transformado em mediador e, em seguida, fomenta a negociação em curso pelas partes de uma cooperação da qual surge um conflito. O regulador (legislador, administrador ou juiz) visa não a executar regras pré-definidas para resolver as controvérsias, nem simplesmente a definir qual seria a justiça substantiva naquele caso, e sim atua para garantir as condições organizacionais para que aquelas relações sociais prossigam e construam o consenso entre suas partes por meio de justificativas argumentadas, incluindo ocasiões

⁹ Ver também Rehbinder (1992).

para a construção, crítica e reconstrução das formas institucionais dessas relações.

Portanto, há basicamente três métodos de raciocínio e decisão jurídica, os quais enfatizam: (1) decisões tomadas com base em programas mais estruturados, com definição de hipótese e conseqüente normativo (regras); (2) decisões guiadas por programas menos estruturados, com orientação a fins, mas indefinição de meios (princípios, políticas, propósitos); (3) decisões de segunda ordem, que terceirizam a solução dos conflitos a outra arena, mas procuram garantir que ela cumpra parâmetros de “legalidade” ou “devido processo” (procedimentalização).

A referência a “procedimentalização” ou “reflexividade” não aponta simplesmente para as “normas de organização” como contrapartes lógicas das “normas de conduta”, sendo estas programas condicionais ou finalísticos. Tem-se em vista um modelo específico dessas normas de organização: elas externalizam as decisões de um ato arbitral de certa autoridade para a autonomia das partes em uma relação continuada, em cujo curso podem surgir conflitos. Na verdade, tem-se em mente uma mudança geral no perfil dos próprios procedimentos judiciais, administrativos, legislativos e privados – um afastamento da rígida burocracia formalizada, hierarquizada e autocontida em todos esses campos. No entanto, essa mudança no perfil jurídico e gerencial de organização e procedimento é um movimento mais refinado e qualitativo, diferente do mero abandono: “deslegalização”, “desjudicialização”, “desregulamentação” ou “desformalização” como fugas ao amparo jurídico que colocam algumas áreas e pessoas de volta a um “estado de natureza” (com certeza, com traços mais hobbesianos do que rousseauianos). A personalidade jurídica tem de ser assegurada com uma concepção diferente dos direitos, deveres, poderes e res-

ponsabilidades, e esperam-se alterações correspondentes na organização. Isso é diferente de amplificar uma imunidade em face do controle jurídico e, em seguida, reforçar as assimetrias e vulnerabilidades sociais.

Dáí surge a questão da “metarregulação”¹⁰ ou da “autorregulação regulada” (SCHULZ; HELD, 2004; PORTER; RONIT, 2006) – isto é, da necessidade e dos modos de regular a autorregulação, quando indisponível um centro ou ápice que pudesse coordenar ou dirigir as ordens jurídicas em conflito. A combinação entre regulação estatal e autorregulação privada depende de organizações intermediárias que acoplem o sistema jurídico a outros sistemas sociais (como, no caso das *fake news*, o sistema dos meios de comunicação). Sciulli (1992, cap. 6) sugeriu que esses parâmetros mirassem o que Fuller (1969, p. 33-94) definiu como as aspirações de uma ordem jurídica: 1) generalidade; 2) promulgação (informação); 3) prospectividade (não retroatividade); 4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas, *i.e.*, *compliance*); 5) não contradição (das prescrições); 6) possibilidade (do que é prescrito); 7) constância; 8) congruência (entre condutas e deveres proclamados).

Nas diversas escalas de governo, mecanismos de regulação da autorregulação assentam-se em um tripé que busca catalisar a capacidade de aprendizagem e autocontrole organizacional¹¹. Em primeiro lugar, esses mecanismos devem garantir transparência (acesso e visibilidade das informações) ao público e avaliação por corpos independentes (com mandato desvinculado da chefia da própria agência ou departamento que estão monitorando). Depois, devem ter vias de recebimento e processamento de denúncias

pelas partes interessadas e de investigação e sanção das condutas desconformes. Finalmente, legitimam-se na medida em que procedimentalizam a inclusão decisória das partes afetadas, o que pode ter diferentes graus: desde a mera consulta ou audiência a essas partes até direitos mais amplos de voto e veto.

Claramente inspirada nessa conceitualidade sistêmica¹², a versão revisada do Projeto de “Lei das *fake news*” (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, PL nº 2.630/2020) (BRASIL, 2020a) – aprovada em junho de 2020 no Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados – incorporou em seu art. 31 o conceito de *autorregulação regulada*¹³, prevendo que a autorregulação nesse setor seja “certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet”, visto como uma forma de institucionalizar “o princípio da correção, onde Estado e iniciativa privada atuam juntos para melhorar o ambiente, neste caso, da Internet” (BRASIL, 2020b, p. [14]). Esse princípio está presente no Direito da Internet em diversos ordenamentos e propostas regulatórias, como na lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*, de 2017)¹⁴ ou em recomendações da União Europeia sobre a regulação das mídias (desde 2004)¹⁵.

O art. 31 da Lei brasileira projetada (BRASIL, 2020a) visa aos “provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada” e traça diretrizes para que abram canais de reclamação e monitoramento de denúncias, desenvolvam procedimentos para a suspensão de contas inautênticas, construam uma normatividade própria por meio de resoluções e súmulas e garantam a transparência mediante relatórios periódicos ao

¹⁰ Ver Parker (2007); Gunningham (2012).

¹¹ Ver Lall (2017).

¹² Ver Abboud e Campos (2020).

¹³ Agradeço as indicações de Ricardo Campos a esse respeito.

¹⁴ Ver Lateur (2020).

¹⁵ Ver Marsden (2004).

Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet (um órgão misto, com representantes de diversos Poderes e agências do Estado e da sociedade civil). Claramente, trata-se de uma forma de neocorporativismo procedimental, voltada à “metarregulação”, e não à regulação estatal direta. As normas diretamente relacionadas a comportamentos nas redes digitais devem ser desenvolvidas pelos provedores privados em seu órgão autorregulatório, sob a supervisão do órgão público-privado, que é o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.

O instituto da “autorregulação regulada” tem grande potencial para viabilizar a construção jurídica experimental de parâmetros normativos para lidar com o fenômeno da disseminação das notícias falsas. Pode servir de parâmetro também para o tratamento jurídico de outros temas e setores. A legislação brasileira mostra assim um caminho alternativo ao regramento direto, pelo Estado, das condutas dos usuários e provedores das redes sociais, bem como à pura definição principiológica, que poderia expandir ainda mais – dada a indeterminação inerente a esse tipo de programa jurídico – o potencial interventivo das autoridades públicas nas comunicações privadas. De outro lado, como as próprias empresas privadas de comunicação digital podem constituir uma forma de poder econômico e comunicativo suscetível a abusos, a providência de instituir um conselho misto para regular a autorregulação abre caminho para algum controle também da responsabilidade dessas empresas.

Com o aprendizado mútuo entre o Direito estatal (em seu papel “metarregulador”) e o Direito autorregulado, há espaço maior para apreciar o caráter técnico da própria programação digital e traduzi-lo para as formas jurídicas de tipificação de condutas, responsabilidades e sanções. A interação periódica entre o Conselho de Transparência e a instituição de autorregulação das empresas de mídia digital deve reforçar a corrigibilidade das próprias normas que venham a ser criadas, testadas e modificadas, inclusive para se atualizarem em relação à evolução tecnológica. Claro que o problema da “captura regulatória” não desaparece no caso do órgão regulador da autorregulação; entretanto, trata-se de uma arquitetura institucional com potencial para garantir, por meio dos representantes de vários órgãos estatais e da sociedade civil, que controles mútuos sejam instituídos com base na concorrência entre esses diversos representantes e seus interesses e, ao mesmo tempo, que potenciais conflitos contem com procedimentos e arenas adequados para sua resolução.

Remetendo a construção do Direito para a autorregulação privada – uma outra ordem jurídica, autônoma ou parcialmente autônoma (TEUBNER, 1993) –, o Direito estatal não apenas consegue supervisioná-la (regular a autorregulação), mas também pode aprender com

a dinâmica de construção de procedimentos, normas e doutrinas que tem lugar nessa ordem jurídica paralela, em que há maior contato com o conhecimento dos próprios desenvolvedores das plataformas digitais e maior flexibilidade para adaptar e corrigir os parâmetros normativos. A partir daí o Direito estatal poderá adensar suas formas contratuais, legislativas e doutrinárias, criando as bases para que o Judiciário – agora em uma posição ao mesmo tempo subsidiária e subsidiada por critérios decisórios mais consistentes – possa arbitrar casos envolvendo os conflitos variados encetados pela disseminação de notícias falsas, como questões de privacidade de dados, disputas eleitorais, responsabilidades políticas ou abuso de poder econômico. O maior ganho potencial da autorregulação regulada, portanto, é institucionalizar uma dinâmica de observação e aprendizagem mútua entre Direito estatal e ordem jurídica privada, o que parece essencial em tópicos ainda pouco programados pelo sistema jurídico.

5 Considerações finais

O Direito liberal do século XIX foi paradigmaticamente concretizado nas codificações de Direito privado e penal, que visavam a estipular programas decisórios para cada conduta específica, definindo de antemão os fatos típicos e as consequências a serem impostas pela Administração, Judiciário e Polícia. O Direito social-democrata do século XX abriu espaço para considerações de justiça material no caso concreto, com isso ampliando as margens de incerteza e discricionariedade decisória para legisladores, administradores e julgadores (pense-se nas concessões de rádio e televisão e em seus critérios constitucionais).

No século XXI parecem emergir temas complexos e uma nova forma de conceber e

institucionalizar o sistema jurídico. Na dimensão material, o caráter altamente especializado dos problemas exige a colaboração de especialistas, e as normas jurídicas adquirem um caráter altamente cognitivo: tornam-se muitas vezes regras técnicas, nas quais a constatação dos fatos, o enquadramento das condutas e a definição das sanções tornam-se mais controversos do que o próprio juízo normativo sobre a aprovação ou reprovação dos comportamentos. Na dimensão temporal, abre-se caminho para legislações temporárias, experimentais ou para mecanismos mais flexíveis e corrigíveis de normatização. Na dimensão social, é necessário mobilizar o apoio dos próprios regulados internalizando-os na construção e aplicação da regulação: os potenciais sancionados participam da definição dos parâmetros que balizam o comportamento seu e de seus concorrentes e colaboradores.

A disseminação de notícias falsas pelos meios digitais, com sua novidade e seu potencial viral sobre múltiplas áreas da sociedade, demanda que o Direito não apenas defina normativamente os direitos, deveres, poderes e responsabilidades, os procedimentos e sanções, mas que procure definir, antes disso, os próprios canais pelos quais podem ser construídos os programas e órgãos decisórios capazes de lidar em primeira mão com esse fenômeno emergente e com a tipificação dos instrumentos preventivos e repressivos ao abuso da comunicação digital. A Lei brasileira sobre as *fake news* indica caminhar nesse sentido e, assim, tem potencial de se tornar um modelo para outros setores de políticas públicas. Sua própria dinâmica de concretização pode despertar problemas de desenho institucional que demandem a revisão dos parâmetros de “autorregulação regulada” e, com isso, o aperfeiçoamento incremental do ecossistema regulatório e de suas organizações e procedimentos.

Sobre o autor

Lucas Fucci Amato é doutor e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela USP, São Paulo, SP, Brasil, com estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido, e estágio doutoral na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EUA; professor da graduação e da pós-graduação (mestrado e doutorado) do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; pesquisador associado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: lucasfamato@gmail.com

Pesquisa financiada por projeto regular da Fapesp (processo 2019/22197-7).

Como citar este artigo

(ABNT)

AMATO, Lucas Fucci. *Fake news: regulação ou metarregulação?* *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29

(APA)

Amato, L. F. (2021). *Fake news: regulação ou metarregulação?* *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 29-53. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29

Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 121-141. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 150-161, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v2n2.2015.21>. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/21/41>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Governança e regulação: legitimidade e novas formas de programação do direito. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, [s. l.], ano 3, n. 4, p. 139-158, set./fev. 2013-2014.

_____. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

_____. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, [São Paulo], v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v13n1e12752>. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12956/10397>. Acesso em: 12 ago. 2020.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1962. (The William James Lectures, 1955).

BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. *Cybernetics & Human Knowing: a Journal of Second-Order Cybernetics, Autopoiesis, and Cyber-Semiotics*, [s. l.], v. 13, p. 25-40, 2006.

BATESON, Gregory. *Steps to an ecology of mind*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Senado Federal. [*Relatório legislativo*]. De Plenário, sobre o Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, do Senador Alessandro Vieira, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8127226&ts=1593475817049&disposition=inline>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CALDEIRA, Jorge. *Nem céu nem inferno: ensaios para uma visão renovada da história do Brasil*. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

CALVO GARCÍA, Manuel. La intervención en la economía a través de normas: contextos y encrucijadas de la regulación. In: JORNADA DE DERECHO CONSTITUCIONAL: INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, 6., 2018, Bucaramanga. [*Anales*]. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2018. p. 10-43. Disponível em: https://www.unab.edu.co/sites/default/files/Publicaciones_academicas/Memorias%20VI%20Jornadas%20de%20DrchISSN.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHRISTODOULIDIS, Emiliós A. The myth of democratic governance. In: KJAER, Poul F. (ed.). *The law of political economy: transformation in the function of law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2020. p. 62-88.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e Direito).

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Direito em Debate. Direito, Desenvolvimento, Justiça).

FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969. (Storrs Lectures on Jurisprudence, 1963).

GUNNINGHAM, Neil. Regulatory reform and reflexive regulation: beyond command and control. In: BROUSSEAU, Eric; DEDEURWAERDERE, Tom; SIEBENHÜNER, Bernd (ed.). *Reflexive governance for global public goods*. Cambridge, MA: MIT Press, 2012. p. 85-104. (Politics, Science, and the Environment).

HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*. Translated by Thomas Burger with the assistance of Frederick Lawrence. Cambridge, UK: Polity, 1989. (Studies in Contemporary German Social Thought).

KOSELLECK, Reinhart. Three bürgerliche worlds?: preliminary theoretical-historical remarks on the comparative semantics of civil society in Germany, England, and France. In: _____. *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Translated by Todd Samuel Presner and others. Stanford, CA: Stanford University Press, 2002. p. 208-217. (Cultural Memory in the Present).

LADÉUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais: digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *cyber courts*. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 143-191. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

_____. The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships. *European University Institute Working Paper*, [Fiesole], n. 99/3, p. 1-44, 1999. Disponível em: https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/law99_3.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Towards a legal theory of supranationality: the viability of the network concept. *European Law Journal*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 33-54, Mar. 1997. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00018>.

LALL, Ranjit. Beyond institutional design: explaining the performance of international organizations. *International Organization*, [s. l.], v. 71, n. 2, p. 245-280, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0020818317000066>. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/ranjitlall/files/lall_io_2017.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Translated by Elizabeth King-Utz and Martin Albrow. 2nd ed. Abingdon, UK: Routledge, 2014a.

_____. *Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Nacional, 1983. (Serie Cultura y Sociedad).

_____. *Law as a social system*. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. (Oxford Socio-Legal Studies).

_____. *Sociología política*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014b.

_____. The improbability of communication. *International Social Science Journal*, [s. l.], v. 33, n. 1, p. 122-132, 1981.

_____. *Theory of society*. Translated by Rhodes Barrett. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. v. 1. (Cultural Memory in the Present).

_____. *Theory of society*. Translated by Rhodes Barrett. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. v. 2. (Cultural Memory in the Present).

_____. *The reality of the mass media*. Translated by Kathleen Cross. Stanford, CA: Stanford University Press, 2000.

MARSDEN, Christopher T. Co- and self-regulation in European media and internet sectors: the results of Oxford University's study www.selfregulation.info. In: MÖLLER, Christian; AMOUROUX, Arnaud (ed.). *The media freedom internet cookbook*. Vienna: OSCE, 2004. p. 76-100. (Representative on Freedom of the Media). Disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/b/b/13836.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MOELLER, Hans-Georg; D'AMBROSIO, Paul J. Sincerity, authenticity and proficity: notes on the problem, a vocabulary and a history of identity. *Philosophy & Social Criticism*, [s. l.], v. 45, n. 5, p. 575-596, June 2019. DOI: <https://doi.org/10.1177/0191453718799801>.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. (Descobrimos o Brasil).

NICOLETTI, Gianluca. Umberto Eco: "con i social parola a legioni di imbecilli". *La Stampa*, [s. l.], 23 giugno 2019. Disponível em: <https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428>. Acesso em: 13 ago. 2020.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law & society in transition: toward responsive law*. 2nd ed. New Brunswick, NJ: Transaction, 2001.

PARKER, Christine. Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility. In: MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; CAMPBELL, Tom (ed.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007. p. 207-237.

PORTER, Tony; RONIT, Karsten. Self-regulation as policy process: the multiple and criss-crossing stages of private rule-making. *Policy Sciences*, [s. l.], v. 39, n. 1, p. 41-72, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11077-006-9008-5>.

REHBINDER, Eckard. Reflexive law and practice: the corporate officer for environmental protection as an example. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 579-608. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

SCHULZ, Wolfgang; HELD, Thorsten. *Regulated self-regulation as a form of modern government: an analysis of case studies from media and telecommunications law*. Eastleigh, UK: John Libbey Pub., 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 5th ed. London: Routledge, 2003.

SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992. (The Arnold and Caroline Rose Monograph Series of the American Sociological Association).

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. In: _____ (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986a. p. 299-325. (European University Institute – Series A, 3).

_____. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Translated by Gareth Norbury. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. (Oxford Constitutional Theory).

_____. Industrial democracy through law?: social functions of law in institutional innovations. In: DAINITITH, Terence; TEUBNER, Gunther (ed.). *Contract and organization: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986b. p. 261-273. (European University Institute – Series A, 5).

_____. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: _____ (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 3-48. (European University Institute – Series A, 6).

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Social order from legislative noise?: autopoietic closure as a problem for legal regulation. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 609-649. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

_____. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983. DOI: <https://doi.org/10.2307/3053348>.

THORNHILL, Chris. A historical sociology of constitutions and democracy. In: CAMPILONGO, Celso; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco (ed.). *Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory*. London: Routledge, 2021. p. 247-262.

TORRES NAFARRATE, Javier (comp.). *Niklas Luhmann: la política como sistema*. México, DF: Universidad Iberoamericana, 2009. (Colección Teoría Social).

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 189-210. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

_____. *Legal theory and the media of law*. Translated by James C. Wagner. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2018. (Elgar Studies in Legal Theory).

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. Translated by Ephraim Fischhoff *et al.* Berkeley: University of California Press, 1978.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Translated by Iain Fraser. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 221-249. (European University Institute – Series A, 3).

_____. Proceduralization of the category of law. Translated by Iain Fraser. *German Law Journal*, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 465-473, Jan. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200016941>. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4175046E8901DD561DDD15B448629A03/S2071832200016941a.pdf/proceduralization_of_the_category_of_law.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. *Revista MAD*, [Santiago], n. 34, p. 1-35, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5354/0718-0527.2016.40608>. Disponível em: <https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/40608/42149>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Societal guidance through law? In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 353-387. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

_____. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 280-298. (European University Institute – Series A, 3).

A produção normativa das agências reguladoras

Limites para eventual controle da atuação regulatória da Anvisa em resposta à Covid-19

NATASHA SCHMITT CACCIA SALINAS
PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO
ANA TEREZA MARQUES PARENTE

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a produção normativa da Anvisa em resposta à crise de saúde pública gerada pelo novo coronavírus. Com base em levantamento das medidas regulatórias adotadas pela Agência entre os meses de janeiro a junho de 2020, constatou-se que a Anvisa produziu um elevado número de normas que: (i) não seguiram ritos ordinários do processo administrativo normativo; e (ii) flexibilizaram exigências e obrigações do setor regulado na outorga de atos de liberação econômica. O artigo busca analisar se (e sob que condições) os Poderes Judiciário e Legislativo deverão adotar uma postura de deferência em relação a eventuais questionamentos dessas normas. Conclui-se que, em regra, os atos normativos produzidos pela Anvisa durante a pandemia merecem deferência. No entanto, a necessidade de que seja demonstrado embasamento técnico persiste, mesmo que este se apoie em normas provenientes de órgãos internacionalmente reconhecidos.

Palavras-chave: Pandemia de Covid-19. Agências reguladoras. Produção normativa. Medidas regulatórias emergenciais. Princípio da deferência.

Regulatory rulemaking in context of emergency: notes on the limits of judicial review of Anvisa's rulemaking in response to Covid-19

Abstract: This paper analyzes Anvisa's (the Brazilian sanitary regulatory agency) rulemaking in response to the health crisis caused by the new coronavirus. Based on an assessment of rules issued between

Recebido em 16/12/20
Aprovado em 21/2/21

January and June 2020 (surveyed in the Federal Official Gazette), the paper explores the agency's waiver of certain rulemaking procedural requirements and the relaxation of industry's obligations concerning the production, import and distribution of goods, medicines, and hospital devices. Besides describing these processes and their outcomes, the paper assesses if (and under which circumstances) the Judiciary and Legislative powers should defer to the rules issued by Anvisa during the pandemic context in case they happen to be challenged in the future. It concludes that rules issued by Anvisa during the pandemic deserve deference as long as agencies demonstrate they meet certain technical requirements.

Keywords: Pandemic of Covid-19. Regulatory agencies. Normative production. Emergency regulations. Principle of deference.

1 Introdução

No âmbito da reforma do Estado empreendida na segunda metade dos anos 1990, foi introduzido no Brasil o instituto das agências reguladoras. Concebidas como autarquias em regime especial, o seu objetivo consistia em permitir maior equilíbrio nas relações entre o Poder Público, os agentes econômicos e os consumidores, por meio de autonomia reforçada conferida a essas entidades. Caracterizam-se por terem como órgão máximo diretorias colegiadas (e não órgãos monocráticos), com diretores dotados de mandato fixo não passíveis de exoneração imotivada.

Nesse contexto, a Lei nº 9.782/1999 (BRASIL, [2019a]) instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e atribuiu-lhe poderes normativos em diversas atividades, entre as quais medicamentos, insumos farmacêuticos, dispositivos médico-hospitalares e saneantes, para mencionar exemplos diretamente relacionados à pandemia causada pelo novo coronavírus. A atuação da Agência, no entanto, é ainda mais vasta, e inclui outros setores como alimentos, cosméticos, agrotóxicos e derivados do tabaco.

Até 2019, o Brasil carecia de uma lei geral para reger as agências reguladoras, à exceção de um conjunto de normas sobre gestão de recursos humanos prescrito pela Lei nº 9.986/2000 (BRASIL, [2019b]). Apenas com a edição da Lei nº 13.848/2019 (BRASIL, 2019c) os reguladores passaram a seguir regras uniformes, aplicáveis a todas as

agências reguladoras federais, acerca da organização, funcionamento e procedimentos no âmbito dessas entidades. A lei introduziu normas sobre transparência, nomeação de diretores, agenda regulatória, prestação de contas, participação e controle social.

Todavia, menos de um ano após a sua promulgação, a crise decorrente do novo coronavírus veio testar a capacidade de atuação ágil das agências reguladoras na adoção de medidas emergenciais. Em razão da urgência, houve a necessidade de dispensa de algumas medidas que, em situações ordinárias, seriam exigidas das agências reguladoras como parte do devido processo de produção normativa. A análise dos atos emanados pelas agências reguladoras federais para o enfrentamento da crise de saúde pública gerada pela Covid-19 no Brasil permite averiguar a capacidade de atuação dessas instituições e a extensão em que foi possível (ou não) manter os mecanismos usualmente relacionados à legitimidade democrática dessas entidades, como consultas públicas e análises de impacto regulatório. Com o agravamento da pandemia, as agências reguladoras passaram a atender a um grande volume de demandas da sociedade, dos agentes econômicos regulados e dos demais órgãos e entidades do próprio governo federal.

Dentre as agências reguladoras federais, a Anvisa destacou-se como a que exarou o maior número de medidas normativas no contexto de resposta à pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, oferecendo respostas céleres no contexto da crise e orientações relevantes para a tomada de decisões dos governos federal, estaduais e municipais, bem como de seus respectivos órgãos reguladores.

Em termos de escopo do objeto, a atuação da Anvisa configura-se bastante ampla.

Podem-se citar como exemplos: padrões para produção e distribuição de medicamentos para o combate ao coronavírus; controle da fabricação, da importação e da comercialização de equipamentos e dispositivos médicos necessários ao tratamento de pacientes com a doença; controle sanitário em portos, aeroportos e fronteiras; fabricação e distribuição de saneantes (como álcool em gel); critérios técnicos para exames e triagem do coronavírus utilizando sangue, células, tecidos e órgãos; orientações sobre ensaios clínicos e o uso experimental de opções para o enfrentamento da doença; medidas relativas à continuidade dos serviços de vacinação durante a pandemia; ações para a prevenção de contaminação de idosos em instituições de longa permanência (asilos) [...], entre outras (GUERRA; SALINAS; GOMES, 2020, p. 882).

Um fator relevante para a proeminência da Anvisa no combate à Covid-19 é a relação direta entre os setores submetidos à sua atuação e a pandemia, dado que questões sanitárias cumprem um papel central

na contenção da disseminação do novo coronavírus. A ênfase atual na prevenção do contágio faz do coronavírus uma questão essencialmente de vigilância sanitária.

Desde o início, a Anvisa mostrou-se uma agência responsiva em face dos desafios impostos pela crise da Covid-19. Já em janeiro de 2020, antes mesmo de a transmissão comunitária do vírus atingir o Brasil, por meio da Portaria nº 74/2020 a Agência criou um grupo de emergência em saúde pública para monitorar e conduzir ações de prevenção e tratamento da doença. A Anvisa foi, portanto, o primeiro órgão do governo a mobilizar-se no enfrentamento da doença (CRODA; GARCIA, 2020).

De todo modo, a concentração de esforços em ações de combate à pandemia implicou a adoção de medidas emergenciais não planejadas e decisões incrementais para a prevenção e o tratamento da doença, como a suspensão de processos administrativos ordinários, prorrogação de prazos, suspensão de fiscalizações e afrouxamento de regras. A simplificação de procedimentos para viabilizar a fabricação e importação de produtos e equipamentos diretamente relacionados à pandemia, conforme será visto, tem sido fundamental no enfrentamento da doença.

Neste artigo, pretende-se analisar as respostas regulatórias da Anvisa para o enfrentamento da crise de saúde pública gerada pelo novo coronavírus, que consistiram na simplificação de processos normativos e/ou na flexibilização de exigências para a fabricação, importação e distribuição de insumos, medicamentos e equipamentos hospitalares.

Objetiva-se especialmente analisar se (e sob quais condições) os Poderes Judiciário e Legislativo deverão adotar uma postura de deferência em relação às normas editadas pela Anvisa no contexto da pandemia, caso elas venham a ter sua legalidade ou constitucionalidade questionadas no futuro. Uma análise de tal sorte demandará uma verificação dos contornos do poder normativo hoje exercido pelas agências e dos limites desse exercício diante de nosso sistema jurídico-constitucional.

Para esse fim, o artigo está dividido da seguinte forma: na seção 2 retomam-se brevemente os contornos das características das agências reguladoras e o exercício de poder normativo, com o objetivo de destacar em que medida houve simplificação das normas processuais de produção normativa. Na seção 3 são apresentados dados sobre as normas exaradas pela Anvisa no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, procedendo-se a uma classificação que permite analisar o objeto dessas normas. Na seção 4 aborda-se o tema da deferência administrativa, informando-se os requisitos exigidos na doutrina e na jurisprudência à sua invocação, bem como os princípios da prevenção e da precaução em matéria de saúde pública. Na seção 5 discute-se, com base em lei aprovada durante a pandemia pelo Congresso Nacional sobre matéria

de atribuição da Anvisa, a extensão e os limites do exercício do Poder Legislativo relativamente ao poder normativo dessa agência em matéria de saúde pública. Ao final, tecem-se conclusões da investigação realizada.

2 Breves notas sobre a autonomia e o poder normativo das agências reguladoras

As agências reguladoras foram introduzidas no Direito brasileiro no contexto da reforma do aparelho administrativo do Estado na segunda metade da década de 1990, sendo emblemática dessa época a criação do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (BRESSER-PEREIRA, 2003). Nesse contexto, leis específicas aprovaram a criação de autarquias em regime especial, caracterizadas por autonomia reforçada, especialmente ilustrada por uma diretoria colegiada com mandato e a vedação da exoneração imotivada de seus dirigentes, além de amplos poderes normativos e fiscalizatórios conferidos por lei a essas entidades (ARAGÃO, 2003).

Todavia, a introdução delas na estrutura da Administração Pública brasileira não se realizou sem questionamentos, com debates sobre a extensão do poder normativo atribuído às agências reguladoras. Houve quem as considerasse uma usurpação de poderes do chefe do Poder Executivo, em especial em matéria de exercício de competência regulamentar (GRAU, 2002). Essa visão, contudo, não prosperou: a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de se poderem reconhecer feixes de poder normativo a essas autarquias, numa realidade que, passadas duas décadas, mostra-se inexorável – o que não impede, logicamente, discussões pontuais acerca da compatibilidade de determinadas normas, em casos específicos, com o ordenamento jurídico nacional.

Um exemplo do início da primeira década do atual milênio, no qual a competência normativa das agências reguladoras foi questionada – e confirmada – pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), consistiu na definição de área local para fins de cobrança de Discagem Direta a Distância (DDD), fixada por ato normativo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A alegação residia no aspecto de as linhas divisórias para a fixação das áreas em que se cobraria ligação local e de longa distância não corresponderem, em muitos casos, às divisões político-geográficas dos municípios. Atentando para a natureza técnica dessa definição, o STJ julgou que

a delimitação da chamada “área local” para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta

critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município (BRASIL, 2004, p. 1).

Também o Supremo Tribunal Federal (STF) veio a posicionar-se favoravelmente à possibilidade de a lei de criação de uma agência reguladora atribuir-lhe competência normativa nas matérias de sua atribuição. No julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.668 (BRASIL, 1998), em que se requeria a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) que atribuíam competência à Anatel para expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, o STF decidiu que tais dispositivos legais atestavam constitucionalidade, tendo-lhes dado interpretação conforme a Constituição para firmar o posicionamento de que, no exercício dessa competência normativa, a Anatel deve observância às leis e decretos validamente expedidos.¹ Nesse sentido, o STF adotou posição restritiva e coincidente com a manifestada por Di Pietro (2003), entendendo que a regulação deve prestar-se à fiel execução de lei.

Desde então, pode-se afirmar que a doutrina amplamente reconhece o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras², em que pese, por vezes, discutir a abrangência e os limites do seu exercício. De fato, trata-se de competência de natureza administrativa a ser exercida nos limites da lei e em respeito aos princípios constitucionais de atuação da Administração Pública.

Visando ao seu fortalecimento institucional, a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (Lei nº 13.848/2019) significou avanços no reforço da autonomia ao estabelecer normas sobre nomeação do corpo diretor, redução do risco de vacância, planejamento da atividade regulatória, racionalização do processo decisório, transparência, prestação de contas, controle social, entre outras. Especificamente quanto ao poder normativo, foi introduzida

¹“Comunicações – Lei Geral nº 9.472/97 – controle concentrado – admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. [...] o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, resolveu: [...] 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para: a) quanto aos incisos IV e X do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações [...], vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia” (BRASIL, 1998, p. 127-128).

²Ver, por todos, a obra coordenada por Aragão (2011), na qual vários doutrinadores escreveram a respeito do exercício do poder normativo das agências reguladoras. Em 2000, Aragão (2000, p. 292) defendia o poder normativo das agências reguladoras: “Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência –, a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional”.

a exigência de realização de consultas públicas previamente à edição de normas.

A Lei nº 13.848/2019 apresenta também normas sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR), a qual tem como fundamento declarado aprimorar a qualidade da produção normativa. Além disso, a lei estabelece regras gerais sobre a AIR, mas confere espaço para as agências operacionalizarem o mecanismo conforme suas necessidades³. A AIR foi regulamentada, em âmbito federal, pelo Decreto nº 10.411, de 30/6/2020 (BRASIL, 2020b).

A AIR vale-se do modelo de decisão racional para descrever o processo de formação das leis (NEIMUN; STAMBOUGH, 1998, p. 450). Nesse modelo, uma decisão racional implica a escolha da solução que seja a mais adequada para a realização dos objetivos pretendidos pelo decisor. O decisor deve também escolher, entre soluções alternativas, aquela que maximiza seus objetivos. Para que esteja apto a fazer a melhor escolha, o decisor deve dispor de informações que lhe permitam prever os impactos de cada alternativa. Desse modo, um processo normativo que incorpora a AIR valoriza normas que não apenas tenham qualidades intrínsecas (como coerência lógica e clareza semântica), mas, sobretudo, que cumpram os objetivos aos quais se destinam (ATIENZA, 1997; PECI, 2011).

Por sua vez, a consulta pública possibilita a qualquer pessoa interessada, inclusive estrangeira, apresentar manifestações por escrito pela internet, com o objetivo de contribuir para a tomada de decisão final da agência no curso de um processo normativo. Além disso, a agência reguladora também pode realizar audiência pública, na qual se permite aos interessados apresentar

³Recentemente foi editado o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta o uso da AIR pela Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional. O decreto, no entanto, não esgota a disciplina da AIR, deixando alguma margem para as agências operacionalizarem-na conforme sua necessidade.

oralmente suas contribuições em sessão pública. Tais mecanismos de participação dos agentes na formação da norma regulatória são considerados como produção normativa consensual (ARAÚJO, 2013).

A literatura aponta três fundamentos principais para a adoção de consultas e audiências públicas nos processos de tomada de decisão das agências reguladoras: (i) conferir legitimidade às decisões das agências; (ii) dar mais transparência às decisões tomadas pelas agências; (iii) aprimorar a qualidade das decisões tomadas pelos órgãos reguladores (KERWIN; FURLONG, 2018). Acolhendo esses *standards*, a Lei Geral das Agências Reguladoras previu a obrigatoriedade da consulta pública para a produção de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, além de facultar às agências reguladoras a realização de audiências públicas (mecanismos orais e presenciais) para subsidiar sua tomada de decisão.

A Lei nº 13.848/2019 estabeleceu, pois, importantes regras para o exercício do poder normativo das agências. Esse poder normativo, hoje já plenamente reconhecido, deve respeitar as novas balizas que a Lei Geral das Agências Reguladoras lhes impôs.

3 Análise das medidas regulatórias adotadas pela Anvisa

3.1 A pesquisa realizada: metodologia

Com o objetivo de avaliar o comportamento das agências reguladoras diante da crise, construiu-se banco de dados próprio sobre as medidas adotadas pelas onze agências reguladoras federais em resposta à pandemia do novo coronavírus. Os dados foram coletados dos sítios eletrônicos das agências reguladoras federais e das publicações

disponibilizadas no *Diário Oficial da União (DOU)* entre março e junho de 2020. Para a contagem das medidas adotadas pelas agências, foram considerados atos normativos e decisões administrativas com efetivo impacto regulatório sobre o setor regulado. A pesquisa foi realizada semanalmente entre a primeira semana de março e a última de junho.

Para a contagem das medidas adotadas pelas agências, foram considerados não apenas atos normativos, mas também decisões administrativas (*e.g.* notas técnicas, despachos, decisões, ofícios) com efetivo impacto regulatório sobre o setor regulado. Foram excluídas da presente análise, portanto, medidas de mera gestão de pessoal ou cujos efeitos fossem predominantemente internos às agências (*e.g.* normas disciplinando regras de teletrabalho, reuniões por videoconferência, entre outras). Essa exclusão deve-se ao fato de que normas de caráter administrativo ou interno não estão sujeitas à obrigatoriedade da consulta pública e da análise de impacto regulatório.

As medidas foram lidas na íntegra e classificadas conforme seu objetivo. Além das medidas de enfrentamento direto da pandemia, foram identificadas medidas de flexibilização das normas que regulam serviços e atividades econômicas, bem como medidas de suporte financeiro aos prestadores de serviços e proteção aos usuários dos serviços. Para os propósitos deste artigo, são analisadas somente as duas primeiras categorias de medidas, já que a Anvisa não regula serviços públicos.

De janeiro a junho de 2020, data de corte dos dados analisados neste artigo, a Anvisa adotou 130 medidas regulatórias em resposta à pandemia. Embora todas as agências reguladoras tenham adotado medidas em resposta a ela, chama a atenção o fato de que a Anvisa foi a agência mais ativa no combate à pandemia. Como a pesquisa descartou do universo de medidas aquelas que tratavam exclusivamente de temas internos às agências, como teletrabalho ou gestão de servidores, os dados mostram medidas que impactaram diretamente os setores regulados.

3.2 Resultados: a atuação da Anvisa em resposta à pandemia

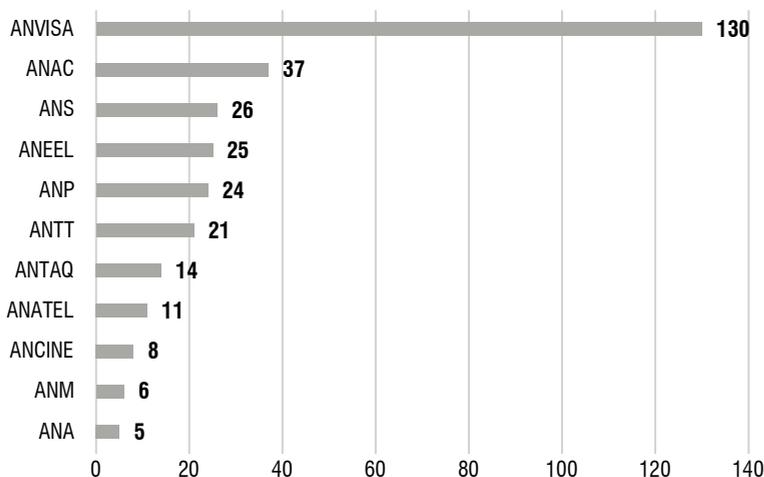
Das 130 medidas adotadas pela Anvisa⁴, 116 (77,8% do total) tinham o objetivo de prevenir o contágio e disciplinar o tratamento da doença. No entanto, para que elas pudessem ser adotadas de forma célere, a Agência teve de renunciar a ritos e processos ordinários, entre os quais se inclui

⁴Das 130 medidas adotadas pela Anvisa em resposta à pandemia, 116 tratam diretamente da prevenção e tratamento da doença e 27 flexibilizam normas pré-existentes. Uma única ação pode ter como objetivo simultâneo o enfrentamento da doença e a flexibilização de normas pré-existentes, razão pela qual a soma das duas categorias é superior ao número total de medidas adotadas pela Anvisa.

o processo normativo tal como estabelecido na Lei Geral das Agências Reguladoras, conforme se analisa na seção seguinte.

Gráfico 1

Medidas em resposta à Covid-19 por agência



Fonte: elaborado pelas autoras.

3.2.1 Simplificação do processo normativo durante a pandemia

Antes da pandemia, as agências reguladoras vinham adotando medidas para se ajustar aos novos comandos impostos pela nova legislação vigente a fim de orientar seus processos normativos (SALINAS; BRELÀZ, 2020). Entre eles destacam-se as já mencionadas exigências para a realização de consultas públicas e a análise de impacto regulatório para a produção de normas de interesse geral de agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (arts. 6º e 9º da Lei nº 13.848/2019).

A esse respeito, merece ser esclarecido que, até a aprovação da Lei Geral das Agências Reguladoras, a AIR era um mecanismo facultativo no processo normativo das agências, tornando-se obrigatório a partir de então para a produção de normas de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços.⁵ Em todo caso, a Anvisa já vinha utilizando a ferramenta: foi a agência federal que mais realizou

⁵ Neste artigo, foram selecionadas para a análise apenas as normas produzidas pela Anvisa durante a pandemia com efeitos diretos sobre agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

estudos de AIR em seu processo normativo antes do advento da nova lei (LABORATÓRIO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA, 2020) – o que denota uma familiaridade da Agência com o instrumento, embora seja preciso esclarecer que, até a entrada em vigor da Lei nº 13.848/2019, a utilização desse instrumento tinha natureza discricionária.

Do mesmo modo, até o surgimento da Lei Geral das Agências Reguladoras, a consulta pública era um mecanismo de participação facultativo para a Anvisa, embora a Agência adotasse esse mecanismo com assiduidade.⁶ A introdução dos mecanismos de racionalidade e de participação no processo normativo das agências requer capacidade institucional e recursos para ser bem implementada. Um processo de consulta pública leva em média 215 dias para ser concluído⁷, tempo incompatível com a necessidade de se oferecerem respostas céleres durante a pandemia.

Por essa razão, durante a crise (que ainda perdurava quando este artigo foi finalizado), não só a Anvisa, mas todas as agências reguladoras federais (GUERRA; SALINAS; GOMES, 2020) adotaram processos normativos simplificados, nos quais ao menos algumas etapas e exigências legais para os tempos ordinários foram dispensadas sob o fundamento da excepcionalidade da crise sanitária. A análise realizada mostrou, por exemplo, que, embora atendessem aos requisitos da lei de “interesse geral dos agentes econômicos e dos consumidores ou usuários dos serviços”, nenhuma das normas editadas pela Anvisa em resposta à crise do novo coronavírus foi precedida de consulta pública, tampouco de análise de impacto regulatório.⁸

Desse modo, durante a pandemia, as ações regulatórias planejadas (COGLIANESE; WALTERS, 2016) cederam lugar a medidas emergenciais; no lugar de processos regulatórios racionais (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012) e participativos (KERWIN; FURLONG, 2018), surgiram respostas mais pragmáticas. Na seção seguinte, analisamos as características dessas medidas emergenciais.

3.2.2 As normas produzidas pela Anvisa com relação à pandemia

Preliminarmente, é necessário esclarecer que a própria Lei nº 13.848/2019 permite que os procedimentos usualmente exigidos para a produção de

⁶ A Anvisa é a segunda agência reguladora federal que mais realizou consultas públicas no Brasil. Até dezembro de 2019, foram 1.368 consultas públicas (dados obtidos no portal de consultas públicas da Agência).

⁷ Dado coletado em banco de dados desenvolvido pelo projeto Regulação em Números da FGV Direito Rio.

⁸ Para embasar essa informação, analisamos todos os atos publicados pela Agência no DOU durante o período da pandemia, incluindo os avisos de consulta pública e de análise de impacto regulatório. Nenhuma convocação para participar de consulta pública ou de AIR dizia respeito às normas produzidas pela Anvisa em resposta à Covid-19.

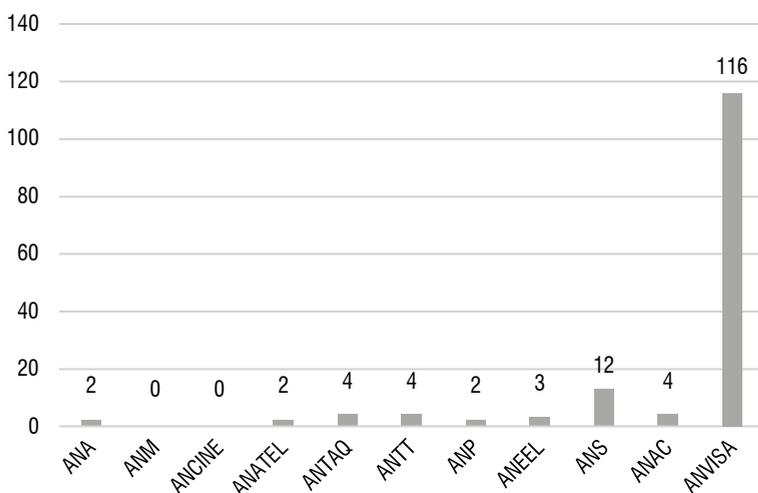
normas deixem de ser observados em casos de urgência, desde que mediante decisão motivada.⁹⁻¹⁰

Dispensada da obrigatoriedade da realização de consultas públicas e análise de impacto regulatório em razão da urgência, a Anvisa acelerou sua produção normativa com o objetivo de facilitar o acesso da população e dos profissionais de saúde a insumos farmacêuticos, medicamentos, dispositivos médico-hospitalares e testes diagnósticos da Covid-19. Além disso, a Agência adotou medidas para garantir o abastecimento contínuo de alimentos, remédios e outros produtos essenciais à vida humana cuja produção estivesse sob sua atuação regulatória.

A Anvisa adotou 116 medidas relacionadas a ações que de alguma forma estão vinculadas à prevenção e ao tratamento da Covid-19. O Gráfico 2 mostra que essa quantidade é nove vezes maior do que a quantidade de medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a agência a adotar o segundo maior número de ações de enfrentamento direto à doença.

Gráfico 2

Medidas de enfrentamento direto da pandemia por agência



Fonte: elaborado pelas autoras.

⁹ Lei nº 13.848/2019, art. 9º, “§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no *Diário Oficial da União* e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado” (BRASIL, 2019c).

¹⁰ Decreto nº 10.411/2020, art. 4º, *caput*: “A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: I – urgência” (BRASIL, 2020b).

Além de editar normas de conteúdo inteiramente novo, a Anvisa flexibilizou normas já existentes com alguns objetivos principais: (i) simplificação de processos para registro de medicamentos, insumos, testes diagnósticos e dispositivos hospitalares para prevenção e tratamento da Covid-19, condicionados à apresentação de documentos emitidos por autoridades sanitárias estrangeiras ou à apresentação *a posteriori* de documentos diversos; (ii) autorização de pós-registro de produtos cujas substâncias estejam em falta em razão de desabastecimento causado pela pandemia; (iii) autorização temporária e extraordinária para laboratórios e farmácias produzirem produtos saneantes e realizarem testes diagnósticos da Covid-19. Essas medidas reduziram exigências ou obrigações dos regulados para a concessão de atos de liberação econômica com o fim de produzir ou distribuir materiais essenciais no combate e prevenção à pandemia. Foram identificadas 27 medidas dessa natureza até 30/6/2020, como mostra o Gráfico 3.

Alguns exemplos de flexibilização de normas produzidas pela Anvisa durante a pandemia merecem ser ilustrados. Para a emissão de alguns atos públicos de liberação, como o registro de medicamentos, produtos para a saúde, insumos farmacêuticos, entre outros, a Anvisa exige que a empresa requerente tenha “Certificação de Boas Práticas de Fabricação” para cada uma de suas linhas de produção. Essa certificação, regulada pela Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa nº 39/2013, sofreu significativas alterações durante a pandemia. Para atribuir tal certificação, a RDC nº 39/2013 exigia inspeções sanitárias na unidade de fabricação do produto (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, [2018]).

A RDC nº 346/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020a), no entanto, estabeleceu procedimentos extraordi-

nários para a certificação de boas práticas de fabricação enquanto perdurasse a pandemia. Além de autorizar a Anvisa a realizar inspeções remotas por meio de videoconferências, essa norma também a autorizou a substituir as inspeções em plantas produtivas de fabricantes estrangeiros por informações de autoridades regulatórias estrangeiras. Para as certificações relacionadas a medicamentos e produtos farmacêuticos, a Anvisa autorizou a substituição de inspeções por informações de autoridades regulatórias estrangeiras membras do Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme (PIC/S). Para as certificações relacionadas a produtos de saúde, a Anvisa passou a aceitar informações de autoridades regulatórias estrangeiras membras do Medical Device Single Audit Program. Para a certificação de empresas fabricantes e importadoras de medicamentos e insumos farmacêuticos localizadas em território nacional, a Anvisa editou a RDC nº 392/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, [2021]), que autorizou a substituição das auditorias *in loco* por relatórios de auditoria elaborados pela European Directorate for the Quality of Medicines, pela Organização Mundial da Saúde e por autoridades regulatórias membras do referido PIC/S.

Em circunstâncias normais, as empresas devem requerer à Anvisa a Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) para realizarem atividades de fabricação, importação e distribuição de medicamentos, insumos farmacêuticos e produtos para a saúde de uso profissional.¹¹ A Anvisa editou, porém, a RDC nº 356/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020f), que dispensou de AFE a fabricação e importação de

¹¹ A RDC nº 16/2014 disciplina a AFE concedida pela Anvisa (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2014).

dispositivos médicos prioritários no combate à Covid-19, como máscaras cirúrgicas, protetores faciais, vestimentas hospitalares descartáveis, entre outros. Essa Resolução também dispensou entidades públicas e privadas, bem como serviços de saúde, de regularizarem equipamentos novos de proteção individual – como ventiladores pulmonares. A RDC nº 356/2020, contudo, instituiu duas condições adicionais para essa dispensa de regularização: (i) a comprovação da indisponibilidade no mercado de produtos equivalentes regularizados pela Anvisa; (ii) a regularização prévia dos produtos a serem adquiridos, empreendida por autoridade regulatória de jurisdição membra do International Medical Device Regulators Forum (IMDRF)¹².

A Anvisa também autorizou genericamente, por meio da RDC nº 378/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020l), a importação, comercialização e doação de equipamentos usados indispensáveis em unidades de terapia intensiva, como ventiladores pulmonares, bombas de infusão, equipamentos de oximetria, entre outros. A única condição estabelecida para conceder tal autorização é que o produto usado possua ou já tenha possuído registro sanitário na Anvisa.

A Agência também concedeu autorização genérica para órgãos não especializados produzirem saneantes, realizarem diagnósticos da doença etc. Nesse sentido, a RDC nº 347/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020b) autorizou farmácias de manipulação a produzirem álcool em gel por prazo determinado. A RDC nº 377/2020, por sua vez, autorizou farmácias a realizarem testes rápidos para detecção da Covid-19, assim como a RDC nº 364/2020 autorizou Laboratórios Federais de Defesa Agropecuária a realizarem análises mais sofisticadas para diagnóstico da doença (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020h, 2020k).

Por fim, foram também flexibilizadas as regras de pós-registro de produtos não relacionados ao enfrentamento direto da pandemia, mas considerados essenciais à vida humana. Por exemplo, a RDC nº 382/2020 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2020n) definiu critérios para a alteração das composições de fórmulas de nutrição infantil em virtude da falta de ingredientes provocada pela pandemia.

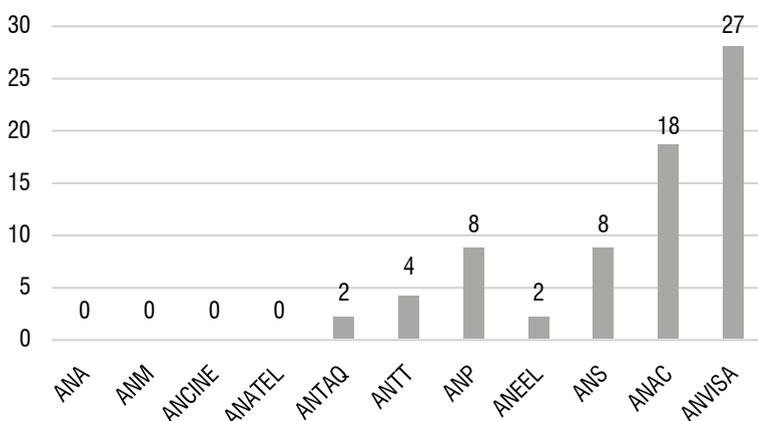
Esses exemplos, extraídos do conjunto de 27 medidas de flexibilização normativa indicadas no Gráfico 3, revelam uma predisposição da Anvisa para não apenas simplificar ou suprimir exigências dos regulados, mas também instituir intercâmbios de informações com entidades regulatórias

¹² A RDC nº 356/2020 previu também que equipamentos de proteção individual doados a órgãos públicos e serviços de saúde públicos e privados podem ser dispensados até mesmo de regularização por autoridade de jurisdição membra do IMDRF.

internacionais. Foram estas as soluções encontradas pela Agência para editar normas essenciais na prevenção e combate à pandemia de forma célere, tempestiva e tecnicamente fundamentada.

Gráfico 3

Flexibilização de normas existentes



Fonte: elaborado pelas autoras.

O Quadro 1 mostra as principais normas que tiveram regras e procedimentos flexibilizados pela Anvisa durante o período de março a junho de 2020.

Quadro 1

Objeto	Exemplos de normas flexibilizadas pela Anvisa
RDC nº 346/2020	Institui procedimentos extraordinários e temporários para a certificação de boas práticas de fabricação, autorizando inspeções remotas (ao invés de inspeções <i>in loco</i>) ou substituindo inspeções por informações de autoridades estrangeiras.
RDC nº 347/2020	Autoriza temporariamente farmácias de manipulação a produzirem álcool em gel.
RDC nº 348/2020	Dispensa temporariamente a apresentação de documentos para o registro e a alteração de pós-registro de medicamentos, produtos biológicos e diagnósticos <i>in vitro</i> .
RDC nº 349/2020	Diminui o número de documentos apresentados para a regularização de equipamentos hospitalares. Aceita certificações estrangeiras no lugar da Certificação de Boas Práticas de Fabricação brasileira.
RDC nº 350/2020	Dispensa as empresas de autorização prévia para a produção de álcool em gel e equivalentes.
COMUNICADO – Nota da Anvisa sobre álcool líquido 70%	Autoriza excepcionalmente a comercialização de álcool líquido em embalagens de até 1 litro.

Objeto	Exemplos de normas flexibilizadas pela Anvisa
RDC nº 356/2020	Dispensa as empresas de uma série de autorizações sanitárias para a fabricação, a importação e a aquisição de dispositivos médicos utilizados no combate à Covid-19. Estabelece, de todo modo, as condições para a fabricação desses dispositivos.
RDC nº 357/2020	Permite a entrega remota de remédios sujeitos a controle especial. Amplia as quantidades máximas de medicamentos sujeitos a controle especial em receitas.
RDC nº 364/2020	Autoriza Laboratórios Federais de Defesa Agropecuária a realizarem análises para o diagnóstico da Covid-19.
RDC nº 366/2020	Simplifica o processo de importação de produtos para diagnóstico <i>in vitro</i> do coronavírus.
RDC nº 375/2020	Introduz ritos simplificados para os ensaios clínicos de dispositivos médicos de classes III e IV, considerados prioritários no tratamento da Covid-19.
RDC nº 377/2020	Autoriza excepcionalmente as farmácias a realizarem testes rápidos para a Covid-19.
RDC nº 378/2020	Permite a fabricação, a importação e a aquisição de dispositivos médicos usados que possuem ou já possuíram registro na Anvisa.
RDC nº 379/2020	Dispensa as empresas de uma série de autorizações sanitárias para a fabricação, a importação e a aquisição de dispositivos médicos utilizados no combate à Covid-19. Estabelece, de todo modo, as condições para a fabricação desses dispositivos.

Fonte: elaborado pelas autoras com base na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2020a, 2020b, 2020c, 2020d, 2020e, 2020f, 2020g, 2020h, 2020i, 2020j, 2020k, 2020l, 2020m) e Nota... (2020a).

Por fim, cabe destacar que todas as 27 normas que reduziram exigências e obrigações dos regulados para a outorga de atos de liberação econômica diretamente relacionados ao enfrentamento da pandemia não foram precedidas de AIR e consulta pública.

4 Legalidade, poder normativo e deferência

Como visto, a Anvisa editou um conjunto bastante amplo de normas para lidar com a pandemia. Nesta seção, discutimos se essas normas estarão protegidas pelo manto da deferência caso venham a ser futuramente questionadas no Poder Judiciário, uma vez que (i) não seguiram ritos ordinários do processo administrativo de produção de normas e (ii) flexibilizaram exigências e obrigações do setor regulado.

Historicamente, a alegada ausência de legitimação democrática *a priori* das agências suscitou a necessidade de serem estabelecidos eficazes mecanismos de controle sobre suas atividades, notadamente a normativa. Além dos mecanismos *ex ante*, atrelados ao processo de elaboração das decisões (em especial, para os fins do presente artigo, as de caráter normativo), emergem os mecanismos de controle judicial *a posteriori* de suas decisões. A teoria avançou no sentido de que as exigências de

fundamentação de decisões e a participação dos agentes nesse processo reduziriam a possibilidade de controle *ex post* dessas atividades.

Assim, a obrigação de observância do devido processo legal em momento prévio à expedição de uma norma regulatória, por meio da participação pública em audiências e consultas públicas, seria providência tendente a assegurar que o conteúdo da decisão seja mantido em caso de ser colocado em xeque perante órgãos de controle – especialmente porque seriam mecanismos capazes de assegurar a razoabilidade traduzida na ideia de racionalidade da decisão regulatória.

O argumento principal por trás da deferência centra-se na separação dos Poderes. Quem administra e, portanto, exerce funções normativas necessárias a essa atividade são órgãos e entidades do Poder Executivo, e não cabe ao Poder Judiciário substituí-las, muito menos quando essas deliberações têm por objeto questões técnicas complexas. Em segundo lugar, o processo por meio do qual as decisões sobre a melhor técnica são tomadas viabiliza um contraditório anterior à entrada em vigor da norma que orienta o seu conteúdo no sentido de uma decisão racional. Croley (2008) observa que a possibilidade (em tese) de revisão judicial dos atos das agências tende, inclusive, a aprimorar o próprio processo regulatório, o que, por sua vez, permite atingir o objetivo oposto: afastar a necessidade dessa revisão no caso concreto, reforçando-se, por conseguinte, a autonomia dessas entidades.

A noção de que a racionalidade decorrente do procedimento administrativo de participação faz com que o Poder Judiciário deva ser deferente às decisões emanadas das agências reguladoras foi atestada em 1984 na decisão da Suprema Corte norte-americana conhecida como *Caso Chevron* (UNITED STATES, 1984)¹³. Naquela ocasião fixou-se o entendimento de que, tendo o Congresso conferido por lei poderes a uma determinada agência administrativa para regular certos temas, o Poder Judiciário deve deferir à interpretação conferida à lei pelo órgão administrativo especializado competente, desde que ela seja aceitável (*permissible construction of the statute*), o que foi descrito como traduzindo soluções razoáveis e racionais.

Por conseguinte, o processo administrativo é elemento-chave para esse desfecho racional e razoável.¹⁴ É ilustrativa da concepção de deferência a lição de Fox (2012), que informa que nos Estados Unidos são muito

¹³ A discussão de fundo consistia em qual seria a interpretação adequada a ser conferida à palavra *source* constante de uma lei ambiental. A Corte decidiu que a Environmental Protection Agency havia exarado uma interpretação razoável da lei, de modo que não cabia ao Poder Judiciário a revisão de seu teor.

¹⁴ Sobre a relevância do processo administrativo para a redução de riscos de captura e aprimoramento da qualidade da regulação, ver Croley (2008, p. 73-74).

limitadas as oportunidades de revisão judicial de uma decisão tomada por uma agência administrativa no âmbito de sua competência; a maior parte delas não é sequer litigada, mas, quando alguma delas o é, o veredito mostra-se quase sempre favorável à Administração.¹⁵

Pouco a pouco, a deferência tem ganhado espaço na fundamentação de decisões dos tribunais superiores e tem sido utilizada para embasar a recusa a rever o conteúdo de decisões administrativas em matéria técnica. O STF, por exemplo, já afirmou que “não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei” (BRASIL, 2018, p. 4).

Em 2019, novamente o recurso à deferência foi utilizado para o Tribunal se abster de rever decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que condenara um conjunto de agentes econômicos por infração à legislação concorrencial. Na ocasião, o STF decidiu que

a capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acuatadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos (BRASIL, 2019e, p. 1).

Em todo caso, essa concepção de deferência, ainda não aplicada em larga escala na jurisprudência brasileira, poderia em tese vir a ser posta

¹⁵ Como destacou Fox (2012, p. 5), a abrangência da deferência nos EUA foi a ponto de se poder afirmar (reconhecendo o autor a existência de certo exagero) que: “The ability of a court to change an agency decision is so limited these days that the second cardinal rule of agency practice is: A lawyer must win a case at the agency or likely will not win at all!”

em xeque no contexto da pandemia (PARENTE; SAMPAIO, 2020). Se o que confere legitimidade a essas decisões é, em grande medida, o escrutínio prévio do possível teor da norma na arena pública dos mecanismos de participação, somado à racionalidade que emerge dos processos de AIR, que valor terão as decisões que forem proferidas sem os seguir, ou que os sigam de forma reduzida, em razão da urgência imposta pela pandemia?

No que diz respeito às decisões regulatórias da Anvisa para o enfrentamento da pandemia, questiona-se se a elas seria aplicada a deferência como critério decisório em caso de questionamento judicial futuro. Entendemos que, nesses casos, o Judiciário deve ser deferente porque o afastamento de regras procedimentais normativas ocorreu conforme as hipóteses legais. Além da situação de urgência, verifica-se que o afastamento de exigências e obrigações dos regulados para a emissão de atos de liberação econômica se baseou na chancela de órgãos sanitários internacionais. Ademais, atualmente o art. 4º do Decreto nº 10.411/2020 dispensa da adoção de AIR todo “ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais”, bem como os que reduzam “exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios” (BRASIL, 2020b).¹⁶

Por fim, merece ser considerado que, em matéria de saúde e meio ambiente, os princípios da precaução e da prevenção são geralmente invocados para se conferir maior ônus argumentativo a decisões que liberem determinadas atividades econômicas ou suprimam exigências para o seu exercício. Esses temas foram lembrados no voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso, ao julgar sete ADIs que questionavam a

¹⁶ Merece ser lembrado que esse decreto foi editado após o período de cobertura da presente análise, em 30/6/2020.

constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 966/2020, que trata dos limites à responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos por decisões tomadas durante a pandemia. Ao aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição para decidir o tema, o STF definiu que, na caracterização de erro grosseiro,

deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (BRASIL, 2020e, p. 140).¹⁷

“Esses parecem ser critérios também aptos a orientar as decisões das agências reguladoras em situações de urgência, de modo que, uma vez atendidos, seriam capazes de sustentar deferência judicial em caso de questionamento futuro” (PARENTE; SAMPAIO, 2020). Em especial o primeiro, sendo ilustrativo da sua observância que a Anvisa se tenha valido, em exemplos anteriormente mencionados, de registros, certificações, inspeções e auditorias realizadas por órgãos regulatórios sanitários internacionalmente reconhecidos como elementos decisórios para permitir o ingresso de bens e equipamentos no mercado nacional durante a pandemia.

Assim, a referência a padrões técnico-científicos internacionalmente aceitos e uma fundamentação da decisão que considere, em alguma medida, as preocupações endereçadas pelos princípios da prevenção e da precaução deveriam ser aptas a sustentar uma posição de deferência aos órgãos de controle, em caso de questionamento futuro (PARENTE; SAMPAIO, 2020). Em situações nas quais o tempo urge, especialmente o primeiro

critério pode fornecer a segurança necessária ao gestor que está decidindo. Ele, aliás, já vem sendo utilizado: conforme os exemplos anteriormente citados, a Anvisa tem adotado posicionamentos de órgãos regulatórios sanitários internacionalmente reconhecidos como elementos decisórios para permitir o ingresso de bens e equipamentos no mercado nacional de forma mais célere durante a pandemia.

A urgência e a excepcionalidade do momento podem vir a ser incompatíveis com a realização de amplos processos de consulta e AIR; assim, se devidamente balizados em critérios técnicos, deveriam ser resguardados contra tentativas de revisão futura ou responsabilização dos agentes tomadores de decisão. Aliás, o Decreto nº 10.411/2020 menciona situações de urgência e a busca da manutenção de convergência a padrões internacionais como hipóteses em que a AIR pode ser dispensada.

Quanto ao segundo critério – a orientação em torno da prevenção e da precaução –, algumas considerações adicionais devem ser tecidas. Trata-se de princípios por vezes associados a um “não agir”, no sentido de que, ausente a clareza quanto aos potenciais efeitos de uma certa atividade privada, termina-se por proibi-la, em atenção à preservação da saúde e do meio ambiente. Nesse sentido, o STJ decidiu que, em observância ao princípio da precaução, não se deveria permitir a instalação de estações rádio base em certo município de Sergipe sem que essa atividade se submetesse a prévio licenciamento ambiental (BRASIL, 2016a). O princípio também já foi invocado para se vedar a concessão de licença ambiental a determinado empreendimento minerário.¹⁸

¹⁷ Mencione-se que norma semelhante consta da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹⁸ “Toda atividade potencialmente danosa ao meio ambiente necessita de licenciamento ambiental, podendo a licença ser negada ou não renovada caso haja receio de risco ao ambiente ou à saúde [das] pessoas. Aplica-se na hipótese *sub judice* o princípio da prevenção e o princípio da precaução, pois a Administração, titular do dever de evitar

Todavia, nem sempre o princípio da precaução apresenta de forma inexorável uma orientação de impedimento a uma ação comissiva do particular ou da Administração Pública. Por isso, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de evidências científicas claras, não havia por que estabelecer restrições adicionais ao exercício da atividade de transmissão de energia elétrica, por meio da imposição de redução do campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado.¹⁹

Reiterando a relevância do papel das autoridades técnicas, ao decidir acerca da constitucionalidade de lei que autoriza o uso de mecanismo de dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito transmissor dos vírus da dengue, chikungunya e zika, o STF decidiu que “a aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e a comprovação científica da eficácia da medida são condições prévias e inafastáveis à incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio

danos individuais e coletivos, encontra-se na obrigação inafastável de impedi-los. [...] Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (BRASIL, 2016b, p. 2).

¹⁹ “O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. 3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009” (BRASIL, 2016d, p. 2).

de dispersão por aeronaves” (BRASIL, 2019d, p. 2).²⁰ Essa jurisprudência orienta no sentido de que haja embasamento técnico para as decisões em matéria sanitária – determinação que não é afastada em razão da pandemia, como visto no caso do julgamento da constitucionalidade da MP nº 966/2020.

Dessa forma, atitudes como a remissão a autorizações preexistentes a registros em autoridades sanitárias reconhecidas internacionalmente, por exemplo, em regra mereceriam o manto da deferência administrativa justamente por se mostrar uma solução ágil que simultaneamente reduz a burocracia em tempos de pandemia sem descurar da tecnicidade e do cuidado da proteção à saúde. Quiçá se aproveitem posteriormente, superada a pandemia, certas simplificações de procedimentos uma vez confirmados os benefícios das decisões tomadas em regime de urgência.

5 Interação do Poder Legislativo com a Anvisa nas ações de combate à pandemia

Uma questão de grande complexidade e relevância, especialmente em tempos de pandemia, diz respeito à legitimidade da atuação do Congresso Nacional para decidir sobre temas discutidos ou já decididos no âmbito regulatório. O que prevalece nesse caso? A tradicional hierarquia dos atos normativos, com a superioridade das leis sobre os atos administrativos? Ou não

²⁰ “Em atendimento aos princípios da precaução e da prevenção, bem como do direito à proteção da saúde, portanto, confere-se interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao disposto no inciso IV do § 3º do artigo 1º da Lei nº 13.301/2016, para fixar o sentido segundo o qual a aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e a comprovação científica da eficácia da medida são condições prévias e inafastáveis à incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves, em atendimento ao disposto nos artigos 225, § 1º, incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição da República” (BRASIL, 2019d, p. 2).

poderia o legislador invadir determinados domínios administrativos, reputados como temas de “reserva da Administração”? No caso das agências reguladoras, a “reserva” seria fundamentada em razão justamente do seu elevado teor de tecnicidade. Veja-se um exemplo ilustrativo.

Em 28/5/2020, o presidente da República sancionou a Lei nº 14.006 (BRASIL, 2020c), a qual facultou à Anvisa adotar processo simplificado para autorizar a importação e distribuição de materiais, medicamentos, equipamentos e insumos estrangeiros de saúde utilizados no combate à pandemia. Especificamente, essa lei veio a autorizar, de forma excepcional e temporária, a importação e distribuição desses recursos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que eles estivessem registrados há pelo menos um ano em uma das seguintes autoridades e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: Food and Drug Administration, European Medicines Agency, Pharmaceuticals and Medical Devices Agency e National Medical Products Administration.

Ocorre que antes da promulgação dessa lei, proposta pelo deputado federal Luiz Antonio Teixeira Jr. (PP/RJ), a Anvisa já tinha editado diversas normas para simplificar seus atos de liberação econômica (como a RDC nº 346/2020, de 13/3/2020).²¹ Além disso, a redação da proposição parlamentar (Projeto de Lei nº 864/2020), que acabou não prevalecendo, chegou a pretender estabelecer que “a autorização [...] *deverá* ser concedida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão

da administração pública direta ou indireta para os produtos que especifica” (BRASIL, 2020a, p. 3, grifo nosso).

Em que pese essa redação não ter prevalecido, o caso, que tem origem em situação decorrente da pandemia, merece algumas reflexões acerca da relação entre o Parlamento e as agências reguladoras. Ele permite, por exemplo, que se questione a finalidade de uma lei superveniente para autorizar que a Anvisa reconheça registros e autorizações de entidades estrangeiras, o que já vinha inclusive sendo implementado por quase três meses quando foi promulgada a Lei nº 14.006/2020. Seria essa uma medida visando conferir maior segurança jurídica à atividade reguladora que ela vinha desempenhando ou seria uma medida desnecessária? Definir se critérios técnicos adotados em nível internacional podem ou não ser aceitos no território brasileiro seria matéria de técnica discricionária?

Não se pode dizer que seja inédito esse caso de “interação” Parlamento-Anvisa. Em passado recente, o Congresso aprovava ao menos duas outras leis que também impactaram diretamente a atuação da Anvisa. Em 2016, por exemplo, foi aprovada a Lei nº 13.269, que autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética, também conhecida como “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Essa lei, posteriormente objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, autorizou a produção e distribuição da pílula do câncer independentemente de registro prévio na Anvisa, tendo a Corte suspenso a lei, por reputar inconstitucional a comercialização do medicamento sem registro na Anvisa (BRASIL, 2020d).

Em 2017, o Congresso aprovou a Lei nº 13.454, que teve como efeito prático proibir a Agência reguladora de vedar a produção, comercialização e consumo das substâncias sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol, utilizadas na produção de remédios para emagrecimento.

²¹ Quando o Projeto de Lei nº 864/2020 ainda estava em tramitação, a Anvisa emitiu nota em que afirmava ter adotado tempestivamente uma série de medidas de flexibilização e priorização na avaliação de produtos para o enfrentamento da pandemia causada pelo novo coronavírus. Nessa nota, a Agência também fez referência à adoção de medidas de compartilhamento de informações com autoridades regulatórias estrangeiras para acelerar os processos de aprovação de produtos (NOTA..., 2020b).

Em seu sítio oficial na internet, a Anvisa criticou a sanção da lei, a qual foi reputada pela entidade como inconstitucional²². Na sequência, a Agência adotou o entendimento de que a autorização do legislador “não dispensa de registro os medicamentos por ela mencionados, mas apenas impede a Anvisa de proibir sua produção, comercialização e consumo por ato próprio” (ANVISA..., 2018). O tema foi judicializado por meio da ADI 5.779, tendo a Anvisa sido admitida nos autos na condição de *amicus curiae*.²³

Posicionar-se favorável ou contrariamente a essas intervenções legislativas implica ingressar em terreno arenoso, cujas discussões são marcadas por divergências sobre modelos de Estado e sobre as implicações da teoria da tripartição dos Poderes. De um lado, pode-se sustentar que o Congresso sempre poderá exercer as competências também atribuídas às agências reguladoras, uma vez que a sua legitimidade democrática, advinda do voto popular, faz com que ele possa deliberar sobre qualquer matéria, desde que não contrarie a Constituição da República. A esse argumento atrela-se o de que a discricionariedade técnica exercida pelas agências não é neutra, e que, portanto, deve também estar sujeita a formas variadas de controle político, incluindo ajustes legislativos supervenientes (CORREIA, 2008; MASTRODI; COSTA, 2015, p. 185).

²² “A Anvisa lamenta a sanção, por parte do presidente da República em exercício, deputado federal Rodrigo Maia, do Projeto de Lei 2.431/2011, que autoriza a produção, a comercialização e o consumo de medicamentos à base das substâncias anorexígenas sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Essa lei, além de inconstitucional, pode representar grave risco para a saúde da população. Legalmente, cabe à Agência a regulação sobre o registro sanitário dessas substâncias, após rigorosa análise técnica sobre sua qualidade, segurança e eficácia. Assim ocorre em países desenvolvidos e significa uma garantia à saúde da população. O Congresso não fez, até porque não é seu papel nem dispõe de capacidade para tal, nenhuma análise técnica sobre esses requisitos que universalmente são requeridos para autorizar a comercialização de um medicamento” (MEDICAMENTOS..., 2018).

²³ A ação foi proposta em 13/9/2017, não tendo sido julgada até o momento de conclusão deste artigo.

Por outro lado, é possível sustentar que o Congresso não pode repactuar, por meio de leis casuísticas, a competência das agências reguladoras, igualmente criadas por meio de lei. Nessa concepção, é preciso respeitar o arranjo político original, que atribuiu funções regulatórias específicas a órgãos dotados de ampla capacidade e expertise técnica. As agências reguladoras gozariam, assim, de “discricionariedade técnica”²⁴, não sujeita a controle político-administrativo.

Quando o Congresso Nacional propõe uma lei que restringe a autonomia normativa de uma agência reguladora, ele objetiva levá-la a agir em certa direção, seja porque ela pode não estar atuando (pode estar agindo de forma lenta em determinados temas), seja porque discorda de suas escolhas. O fulcro da questão, todavia, reside em que essas escolhas apresentam, em tese, elevado caráter técnico. Essas iniciativas tanto podem decorrer de aparente insatisfação de certos parlamentares e seus constituintes com formas de agir adotadas pelas agências reguladoras quanto podem simplesmente indicar falta de diálogo entre o Parlamento e as agências, que poderia evitar superposições ou contraste de normas na seara sanitária.

6 Conclusão

Em mercados como os relacionados à vigilância sanitária, a regulação justifica-se, em grande parte, pelo reconhecimento de profunda assimetria informacional entre produtores e ad-

²⁴ Esse conceito foi expressamente empregado pelo STF já em 2016, ao suspender cautelarmente os efeitos da Lei nº 13.269/2016, que autorizava a comercialização da “pílula do câncer”. Segundo entendimento do ministro Barroso nesse julgamento, a “Lei nº 13.269/2016, ao substituir uma escolha técnica e procedimental da Agência por uma decisão política do Legislador, interferiu de forma ilegítima no funcionamento da Administração Pública, em afronta à reserva de administração e à separação de Poderes” (BRASIL, 2016c, p. 46-47).

quirentes, de modo que a atuação normativa e fiscalizadora do Estado visa assegurar o consumo seguro desses produtos.

Há que se reconhecer, em especial na crise de saúde pública gerada pela pandemia decorrente do novo coronavírus no Brasil, que, em regra, as agências reguladoras estariam mais capacitadas a tomar decisões com embasamento técnico para o enfrentamento da pandemia em suas respectivas áreas de competência. Sob essa perspectiva, o poder normativo das agências reguladoras deve ser valorizado como um importante instrumento de delegação e de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais, de modo a ser ressaltado o seu dinamismo e a sua independência.

Entre os muitos desafios emergiu o de decidir em meio a situações de urgência. Conforme visto, a Anvisa editou mais de cem normas desde o início da pandemia, das quais 27 flexibilizavam normas pré-existentes.

A doutrina e jurisprudência apresentadas sugerem que atos normativos que observam todas as normas procedimentais exigidas em lei, incluindo a realização de consulta pública prévia e análise de impacto regulatório, tendem a ser respeitadas pelo Poder Judiciário em controle posterior. Resta saber, no entanto, como as instituições de controle se comportarão diante de normas produzidas pelas agências reguladoras que flexibilizaram regras de processo administrativo normativo.

Neste artigo, procurou-se demonstrar que as normas produzidas pela Anvisa durante a pandemia se enquadram nas hipóteses legais que dispensam tanto o uso de consulta pública quanto de AIR. Além da necessidade de urgência, diversas das normas produzidas pela Agência no período estavam embasadas em padrões internacionais, hipótese contemplada no Decreto nº 10.411/2020, que regulamentou o uso da AIR.

No entanto, a incidência dos princípios da prevenção e da precaução relativamente a de-

cisões tomadas durante a pandemia exige que as normas produzidas pela Anvisa, mesmo que dispensadas de AIR e de consulta pública, estejam amparadas em dados técnicos que permitam comprovar a racionalidade da escolha adotada.

A matéria envolvida tem singular relevância por se tratar da saúde pública. Confiar, por exemplo, em parâmetros internacionalmente aceitos ou em autorizações proferidas por autoridades sanitárias mundialmente respeitadas mostrou-se uma solução aderente à finalidade da legislação que criou a Anvisa e que simultaneamente permitiu respostas céleres. Essa solução é distinta de uma hipótese em que simplesmente houvesse afastamento de requisitos ordinariamente exigidos pela regulação setorial, pois denota uma preocupação da Agência de certificar-se de que houve controle sobre a segurança de produtos e equipamentos introduzidos no mercado nacional durante a pandemia, ainda que não tenha sido ela a realizar os testes e confirmações pessoalmente.

O texto mostrou ainda que o setor de vigilância sanitária tem tido uma relação complexa com o Congresso Nacional, com exemplos ilustrativos de aprovação de leis que visaram restringir a competência normativa da Agência reguladora. No contexto da pandemia, a intervenção legislativa implementada pela Lei nº 14.006/2020 foi percebida, pela Anvisa, como desnecessária porque, no fundo, a lei veio a autorizar prática que a Agência já realizava e entendia tratar-se de matéria de sua competência.

Em suma, as contribuições acima pretendem fornecer guia de auxílio interpretativo caso no futuro venham a ser questionadas as decisões da Anvisa tomadas especificamente em razão da pandemia. Desse modo, uma ressalva final é oportuna: eventuais normas exaradas sem relação com a pandemia, mas pretensamente se valendo da urgência do momento, não seriam destinatárias das conclusões aqui trazidas.

Sobre as autoras

Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora e mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *master of Laws* pela Yale Law School, New Haven, Connecticut, EUA; professora da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: natasha.salinas@fgv.br

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora e mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br

Ana Tereza Marques Parente é mestra em Direito pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; pesquisadora do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: ana.parente@fgv.br

Este artigo é um produto do projeto *Regulação em Números*, vinculado ao Centro de Pesquisas em Direito e Economia da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV) e financiado pela Rede de Pesquisa Científica Aplicada da FGV.

Como citar este artigo

(ABNT)

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PARENTE, Ana Tereza Marques. A produção normativa das agências reguladoras: limites para eventual controle da atuação regulatória da Anvisa em resposta à Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 55-83, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p55

(APA)

Salinas, N. S. C., Sampaio, P. R. P., & Parente, A. T. M. (2021). A produção normativa das agências reguladoras: limites para eventual controle da atuação regulatória da Anvisa em resposta à Covid-19. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 55-83. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p55

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 16, de 1º de abril de 2014*. Dispõe sobre os Critérios para Peticionamento de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de Empresas. [Brasília, DF]: Anvisa, 2014. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_16_2014_COMP.pdf/542cc137-b331-4596-9c87-7426c0ae77b7. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 14 de agosto de 2013*. Dispõe sobre os procedimentos administrativos para concessão da Certificação de Boas Práticas de Fabricação e da Certificação de Boas Práticas de Distribuição e/ou Armazenagem. [Brasília, DF]: Anvisa, [2018]. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2871537/%284%29RDC_39_2013_COMP.pdf/a33c31f7-586f-4e9a-ba8d-c62f14df2699. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 346, de 12 de março de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para a certificação de boas práticas de fabricação para fins de registro e alterações pós-registro de insumo farmacêutico ativo, medicamento e produtos para saúde em virtude da emergência de saúde pública internacional do novo Coronavírus. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020a. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/%282%29RDC_346_2020_COMP.pdf/4a81a956-909e-4fce-b47a-cc5f7b7a71d3. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 347, de 17 de março de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para a exposição à venda de preparações antissépticas ou sanitizantes oficinais, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020b. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/%284%29RDC_347_2020_COMP.pdf/9aa85847-4565-4266-9114-3784ac8473d3. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 348, de 17 de março de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para tratamento de petições de registro de medicamentos, produtos biológicos e produtos para diagnóstico *in vitro* e mudança pós-registro de medicamentos e produtos biológicos em virtude da emergência de saúde pública internacional decorrente do novo Coronavírus. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020c. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5815062/%281%29RDC_348_2020_COMP.pdf/98801140-dce9-4600-a230-4cc582391580. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 349, de 19 de março de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para tratamento de petições de regularização de equipamentos de proteção individual, de equipamentos médicos do tipo ventilador pulmonar e de outros dispositivos médicos identificados como estratégicos pela Anvisa, em virtude da emergência de saúde pública internacional decorrente do novo Coronavírus e dá outras providências. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020d. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_349_2020_COMP.pdf/15850842-1855-442f-b984-521fbc9c7a32. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 350, de 19 de março de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para a fabricação e comercialização de preparações antissépticas ou sanitizantes oficinais sem prévia autorização da Anvisa e dá outras providências, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020e. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/%281%29RDC_350_2020_COMP.pdf/0c67ef6d-7573-4446-a751-3a0483b7896e. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 356, de 23 de março de 2020*. Dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a fabricação, importação e aquisição de dispositivos médicos identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020f. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/%283%29RDC_356_2020_COMP.pdf/04ef1c62-39f4-4b6d-bfea-281a6041350a. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 357, de 24 de março de 2020*. Estende, temporariamente, as quantidades máximas de medicamentos sujeitos a controle especial permitidas em Notificações de Receita e Receitas de Controle Especial e permite, temporariamente, a entrega remota definida por programa público específico e a entrega em domicílio de medicamentos sujeitos a controle especial, em virtude da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) relacionada ao novo Coronavírus (SARS-CoV-2). [Brasília, DF]: Anvisa, 2020g. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5824703/%282%29RDC_357_2020_COMP.pdf/7a6265a8-87c2-4c79-b6ae-58b3857cd2d3. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 364, de 1º de abril de 2020*. Suspende os efeitos da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 302, de 13 de outubro de 2005, em caráter temporário e excepcional, para os Laboratórios Federais de Defesa Agropecuária (LFDA) que irão realizar análises para o diagnóstico da Covid-19. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020h. Disponível

em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5835858/%283%29RDC_364_2020_COMP.pdf/50a9314c-c694-49a1-8658-5e3bd0d2d830. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 366, de 2 de abril de 2020*. Dispõe sobre a importação de produtos para diagnóstico *in vitro* de Coronavírus durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020i. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2957335/RDC_366_2020_.pdf/a8e4fb7f-d334-4c02-8141-92a7e80f973e. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 375, de 17 de abril de 2020*. Dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre o regime para a submissão de ensaios clínicos utilizados para a validação de dispositivos médicos de classes III e IV identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020j. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_375_2020_.pdf/41f213d1-a7a2-4eb8-932d-16ecb65d51ea. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 377, de 28 de abril de 2020*. Autoriza, em caráter temporário e excepcional, a utilização de “testes rápidos” (ensaios imunocromatográficos) para a Covid-19 em farmácias, suspende os efeitos do § 2º do art. 69 e do art. 70 da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 44, de 17 de agosto de 2009. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020k. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5864561/%281%29RDC_377_2020_COMP.pdf/73324688-74c5-45f9-9010-87f0ad3c0091. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 378, de 28 de abril de 2020*. Dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a importação, comercialização e doação de ventiladores pulmonares, monitores de sinais vitais, bombas de infusão, equipamentos de oximetria e capnógrafos usados, indispensáveis em unidades de terapia intensiva, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada [à] Covid-19. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020l. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5868576/RDC_378_2020_.pdf/76614d07-781b-4108-91ba-069ced2f1569. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC nº 379, de 30 de abril de 2020*. Altera a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 356, de 23 de março de 2020, que dispõe, de forma extraordinária e temporária, sobre os requisitos para a fabricação, importação e aquisição de dispositivos médicos identificados como prioritários para uso em serviços de saúde, em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020m. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5809525/RDC_379_2020_.pdf/be9c4dec-cf3d-4139-9f7c-37c2f5b8044b. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 382, de 12 de maio de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para tratamento das petições de pós-registro de fórmula para nutrição enteral e fórmulas infantis, em virtude da emergência de saúde pública internacional provocada pelo SARS-CoV-2. [Brasília, DF]: Anvisa, 2020n. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5878615/%281%29RDC_382_2020_.pdf/f87f2de3-e450-467f-928c-93a31d856bc0. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 392, de 26 de maio de 2020*. Define os critérios e os procedimentos extraordinários e temporários para a aplicação de excepcionalidades a requisitos específicos das Boas Práticas de Fabricação e de Importação de Medicamentos e Insumos Farmacêuticos, em virtude da emergência de saúde pública internacional decorrente do novo Coronavírus. [Brasília, DF]: Anvisa, [2021]. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/5893706/RDC_392_2020_COMP.pdf/9770818e-0c7c-438e-b960-7954470611bf. Acesso em: 15 mar. 2021.

ANVISA publica documento sobre substâncias anorexígenas. CRM-PR, Curitiba, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Anvisa-publica-documento-sobre-substancias-anorexigenas-11-49644.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/646>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. (Cuadernos Civitas).

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 864, de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para estabelecer o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141823>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020*. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei nº 14.006, de 28 de maio de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para estabelecer o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14006.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.139.791/SE*. Processo civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Serviço de telefonia móvel. Instalação de estações rádio-base. Incidência do princípio da precaução. Fundamento autônomo não impugnado. Súmula 283 do STF. Ausência de certeza científica quanto aos efeitos que a instalação de estação rádio-base produz à saúde humana. Prevalência da defesa do meio ambiente. Súmula 83/STJ. Agravo regimental desprovido [...]. Agravante: Maxitel S/A. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 de outubro de 2016a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900898182&dt_publicacao=26/10/2016. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 572.070/PR*. Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei n. 9.472/97. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor [...]. Recorrente: Brasil Telecom S/A. Recorrida: Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor de Cornélio Procópio – Procon. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de março de 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301280351. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.555.131/RJ*. Administrativo. Processual civil. Meio ambiente. Não renovação de licença ambiental. Demonstração de danos. Princípio da prevenção e princípio da precaução. Serra da Tiririca. Empresa mineradora. Ausência de omissão. Falta de prequestionamento. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Acórdão com fundamento constitucional não atacado por recurso extraordinário. Súmula 126/STJ [...]. Recorrente: Empresa de Mineração Inoã Ltda. – ME. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro; Instituto Estadual do Ambiente – INEA. Relator: Min. Herman Benjamin, 19 de maio de 2016b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303559421&dt_publicacao=05/11/2019. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668/DF*. Comunicações – Lei Geral nº 9.472/97 – controle concentrado. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de interpretação conforme a Constituição. Art. 7º, III e XV, *in fine*, da Lei nº 9.782/1999. Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Anvisa nº 14/2002. Proibição da importação e da comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Regulação setorial. Função normativa das [agências] reguladoras. Princípio da legalidade. Cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa e do direito à saúde. Produtos que envolvem risco à saúde. Competência específica e qualificada da Anvisa [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501/DF*. Saúde – medicamento – ausência de registro – inconstitucionalidade. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de Poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal. Requerente: Associação Médica Brasileira – AMB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional; Associação Brasileira de Portadores de Câncer. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2020d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.592/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Administrativo e ambiental. Medidas de contenção das doenças causadas pelo *Aedes Aegypti*. Artigo 1º, § 3º, inciso IV da Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida. Possibilidade de insuficiência da proteção à saúde e ao meio ambiente. Voto médio [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 11 de setembro de 2019d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752184165>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimento no Recurso Extraordinário 1.083.955/DF*. Agravo interno em recurso extraordinário. Direito econômico e administrativo. Concorrência. Prática lesiva tendente a eliminar potencialidade concorrencial de novo varejista. Análise do mérito do ato administrativo. Impossibilidade. Precedentes. Incursonamento no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. Agravo interno desprovido [...]. Agravante: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outro(a/s). Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de maio de 2019e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501/DF*. Saúde – medicamento – ausência de registro. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral. Requerente: Associação Médica Brasileira. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de maio de 2016c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421/DF*. Direito administrativo. Ações diretas de inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar [...]. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 627.189/SP*. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito constitucional e ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. Recorrente: Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A. Recorridos: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçaça e outros(a/s); Pedro Roxo Nobre Franciosi. Relator: Min. Dias Toffoli, 8 de junho de 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula. 5. ed. atual. São Paulo: Ed. 34, 2003.

COGLIANESE, Cary; WALTERS, Daniel E. Agenda-setting in the regulatory state: theory and evidence. *Administrative Law Review*, [Washington, DC], v. 68, n. 1, p. 93-118, 2016. Disponível em: http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2019/01/Coglianesse_Walters_68.1.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

CORREIA, Arícia Fernandes. *Por uma releitura dos princípios da legalidade administrativa e da reserva de administração*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

CRODA, Julio Henrique Rosa; GARCIA, Leila Posenato. Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da Covid-19. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, DF, v. 29, n. 1, p. 1-3, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742020000100021>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000100100&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 mar. 2021.

CROLEY, Steven P. *Regulation and public interests*: the possibility of good regulatory government. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (org.). *Direito regulatório*: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

FOX, William F. *Understanding administrative law*. 6th ed. New Providence, NJ: LexisNexis, 2012.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25-28.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; GOMES, Lucas Thevenard. As agências reguladoras em resposta à crise da Covid-19. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 874-897, jul./ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200321>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/81888>. Acesso em: 15 mar. 2021.

KERWIN, Cornelius M.; FURLONG, Scott R. *Rulemaking: how government agencies write law and make policy*. 5th ed. Thousand Oaks, CA: CQ Press, 2018.

LABORATÓRIO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA. *Análise de impacto regulatório: panorama geral*. [Rio de Janeiro]: UERJ Reg., 2020. Disponível em: https://1b664b0f-ca91-4a83-ac3f-bc2c7fc2dd38.filesusr.com/ugd/dd1b35_16951078489d4c00a83a535e099eed6a.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

MASTRODI, Josué; COSTA, Lucas Rocha Mello Emboaba da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 165-191, out./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v15i62.37>. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/37>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MEDICAMENTOS liberados por lei trazem risco à saúde. *Anvisa*, [s. l.], 22 fev. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/medicamentos-liberados-por-lei-trazem-risco-a-saude>. Acesso em: 15 mar. 2021.

NEIMUN, Max; STAMBOUGH, Stephen J. Rational choice theory and the evaluation of public policy. *Political Studies Journal*, [s. l.], v. 26, n. 3, p. 449-465, Sept. 1998. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1541-0072.1998.tb01912.x>.

NOTA da Anvisa sobre álcool líquido 70%. *Anvisa*, [s. l.], 21 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/nota-da-anvisa-sobre-alcool-liquido-70>. Acesso em: 15 mar. 2021.

NOTA da Anvisa sobre o PL 864/20. *Anvisa*, [s. l.], 8 maio 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/nota-da-anvisa-sobre-o-pl-864-20>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PARENTE, Ana Tereza; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Como interpretar as atuais decisões das agências reguladoras no pós-pandemia? *JOTA*, [s. l.], 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/como-interpretar-as-atuais-decisoes-das-agencias-reguladoras-no-pos-pandemia-23062020>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 51, n. 4, p. 336-348, jul./ago. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902011000400003>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902011000400003. Acesso em: 15 mar. 2021.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; BRELÁZ, Gabriela de. Limites da AIR como instrumento de promoção da liberdade econômica. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coord.). *Lei da liberdade econômica anotada: Lei nº 13.874, de 2019*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 98-105.

UNITED STATES. Supreme Court. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). A government agency must conform to any clear legislative statements when interpreting and applying a law, but courts will give the agency deference in ambiguous situations as long as its interpretation is reasonable. First party: Chevron U.S.A. Inc. Second party: Natural Resources Defense Council, Inc. *et al.* June 25, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Informação legislativa e correlatas

Como conceituar?

ROBERTO CAMPOS DA ROCHA MIRANDA

RICARDO DE JOÃO BRAGA

Resumo: O artigo detém-se sobre a discussão conceitual da expressão *informação legislativa* e suas aplicações. Fundado nos estudos publicados até 2020, avalia a relação entre o conceito de informação legislativa com outros tipos de informação, como a informação política, a informação parlamentar, a informação cidadã e a informação eleitoral. Justifica-se o estudo por tratar-se de conceito amplamente utilizado na literatura acadêmica sem que haja real preocupação em conceituá-lo diante de outros tipos de informações diretamente relacionados a ele. Espera-se que o trabalho venha a contribuir para que se considerem objetivamente as possibilidades e a aplicabilidade dos termos no âmbito das Ciências Sociais e Humanas, bem como permita desencadear outros estudos voltados para termos igualmente utilizados em artigos que tratam do Poder Legislativo. A metodologia emprega a Informativa do termo e seus correlatos e a discussão comparada dos conceitos estudados, apresentando elementos que caracterizam e diferenciam. Os resultados apontam que a informação legislativa é da família da informação política (na qual se incluem também a informação eleitoral e a cidadã) e que tem por espécie a informação parlamentar.

Palavras-chave: Informação legislativa. Informação parlamentar. Informação cidadã. Informação eleitoral. Informação política. Poder Legislativo.

Legislative and related information: how to conceptualize?

Abstract: The article focuses on the conceptual discussion of the term *legislative information* and its applications. It starts from existing studies in literature published until 2020 to assess the relationship between the concept of legislative information and other types of information, namely political information, parliamentary information, citizen information and electoral information. Legislative information is a concept widely

Recebido em 4/9/20
Aprovado em 26/10/20

used in academic literature but there is not any known real concern to conceptualize it in the face of other types of related information, a pitfall that justifies the current study. The article is expected to contribute to a better understanding of possibilities and applicability of the terms within Social and Human Sciences, as well as encourage other studies focused on other terms also used in articles dealing with Legislatures and Legislative Power. The methodology uses the Informetry and the comparative discussion of the studied concepts, presenting elements that characterize and differentiate them. The results show that legislative information belongs to the family of political information (which also includes electoral and citizen information) and has parliamentary information as its species.

Keywords: Legislative information. Parliamentary information. Citizen information. Electoral information. Political information. Legislative Power.

1 Introdução

Os conceitos e as definições em todas as áreas da Ciência contribuem para o entendimento dos objetos pesquisados e, na maioria das vezes, permitem que se tenha a ideia exata ou aproximada do foco do estudo e das formas de avaliação e mensuração dos fenômenos. Nessa linha, identificando-se lacuna de conceitos sobre informação legislativa na literatura, desencadeou-se este estudo.

Gerring (2001, p. 35, tradução nossa) apresenta uma útil discussão sobre conceitos: “A formação de conceitos refere-se à mais básica questão de pesquisa em Ciências Sociais: ‘Sobre o quê nós estamos falando?’”. Assim, *o quê (what question)* é uma pergunta.

Para Gerring (2001, p. 40-60) e Guimarães e Braga (2011, p. 86), um bom conceito deve ser avaliado conforme oito critérios distintos: coerência, operacionalização, validade, utilidade de campo, ressonância, abrangência contextual, parcimônia e utilidade analítica ou empírica. Desse modo, um conceito precisa tanto ser capaz de diferenciar seu objeto de outros quanto ser coerente internamente. Para isso, necessita viabilizar a abordagem de material empírico (quando é o caso), permitindo a identificação de elementos do mundo real, sua mensuração etc. Vale dizer: para Gerring (2001), não se trata de conceitos certos e errados, apenas daqueles que atendem a mais ou a menos critérios.

O conceito de informação legislativa costuma ser utilizado como termo de entendimento comum na literatura das áreas que discutem

questões relacionadas ao Poder Legislativo, mas seu significado é difuso e atende à multiplicidade de situações e necessidades. Ademais, a usual utilização de sinônimos para a expressão em artigos científicos gera a impressão de que os termos são plenamente identificados e caracterizados – o que, contudo, não é correto, pois não se conhecem obras que se limitem a discutir suas acepções essenciais. Diante dessa multiplicidade de significados, na verdade não há um conceito adequadamente construído.

Considerando que os achados sobre informação legislativa levaram à necessidade de distinção de outros tipos de informação correlatos – informação política, informação parlamentar, informação eleitoral e informação cidadã –, optou-se por trazer todos os conceitos, bem como as características identificadas, a fim de constituir um arcabouço epistemológico que permita o entendimento do objeto de estudo por analogia e diferenciação.

Dada a importância do conceito, destacada pela utilização corriqueira em vários trabalhos científicos, é necessário que se precise seu significado. Assim, o artigo detém-se sobre a discussão do termo e suas aplicações. A complexidade e a importância da empreitada apresentam-se desde uma breve inspeção nos dois componentes do conceito: o substantivo informação e seu qualificador legislativa.

O Poder Legislativo como objeto de estudo é complexo e multifacetado. Em artigo de 1975, em obra com pretensões enciclopédicas (“Handbook of Political Science” (GREENSTEIN; POLSBY, 1975)), Polsby (1975) busca conceituar as *Legislatures* – que não apresenta uma tradução para o português sem alguma imprecisão, pois é de fato uma mescla do que conhecemos como Poder Legislativo-função e como Assembleia-organização – e logo apresenta suas dificuldades. Para o autor, pode-se avançar na conceituação de Legislativo sob as

ópticas estruturalista ou funcionalista (POLSBY, 1975, p. 258). Entre suas diversas características estruturais estão a oficialidade, a legitimidade baseada em relações com o povo, a colegialidade, a igualdade formal dos membros, o processo decisório coletivo e a deliberatividade. E entre suas funções estão a produção de leis, a discussão de temas de interesse público, a legitimação do sistema político, a fiscalização e recrutamento de lideranças. Além dessas funções propostas por Polsby (1975), o Poder Legislativo pode ainda contar com grandes aparatos organizacionais de apoio ou estruturas diminutas (GUIMARÃES; SCHWARTZ; WERNECK; MELO, 2015; FISH; KROENIG, 2009). Dessa maneira, vê-se que o termo *legislativo*, como adjetivo que qualifique qualquer substantivo – ou no caso específico de informação legislativa –, aplica-se a uma diversidade de processos, objetos e situações. Assim, a amplitude do termo e sua consequente diversidade de objetos exigem a reflexão e o estabelecimento de conceituações que permitam, dentro da mais básica lógica da Ciência, que se acumule conhecimento: sem precisão conceitual não há mensuração e não se estabelece uma avaliação intersubjetiva consistente.

Informação, como substantivo modificado pelo adjetivo *legislativa*, é importante no âmbito das Ciências da Informação e da Ciência Política. Para a Ciência da Informação, o Legislativo apresenta-se como um objeto sobre o qual ela estende seu método e questionamentos específicos, um campo rico em possibilidades de estudo (MIRANDA, 2012). Interessa nesse caso compreender como a informação é tratada em estruturas organizacionais complexas, como no caso do Legislativo.

Compreender como a informação é produzida, coletada e distribuída dentro do Legislativo também alimenta questões centrais para a Ciência Política, como a qualidade da representação e da democracia e o funcionamento

da vida parlamentar. Para discussões como *accountability*, representatividade, cultura cívica e outras similares, a informação é elemento central de mobilização de juízos e ações tanto da classe política quanto de cidadãos e atores institucionais da sociedade.

Compreender a informação e seu fluxo dentro do Poder Legislativo ajuda também a desvendar as relações entre os Poderes, que se dá por barganhas e posicionamentos, para os quais a informação (sua produção, transmissão e uso) é fundamental. O rastreamento da informação, por exemplo, ajuda a compreender quem tem posição privilegiada e pode auferir ganhos numa barganha. A importância teórica disso é evidente: basta lembrar conceitos como assimetria de informação e custos de transação (MOE, 1984), base da teoria agente-principal e, por essa via, das teorias neoinstitucionalistas do Legislativo (MALTZMAN, 2001; WEINGAST; MARSHALL, 1988; KREHBIEL, 1992; COX; MCCUBBINS, 1993).

Esta pesquisa apresenta levantamento realizado quanto às concepções do termo *informação legislativa* e às suas aplicações, e busca estabelecer um corpo epistemológico que permita o entendimento da *informação legislativa* em suas diversas acepções. A reflexão aqui empreendida leva à conceituação, ainda que embrionária, da expressão e de alguns termos correlatos. Acredita-se que o trabalho venha a contribuir para que se considerem as possibilidades e a aplicabilidade dos termos, de forma rigorosa, no âmbito das Ciências Sociais e Humanas, bem como estimule novos estudos voltados para outros termos igualmente utilizados em artigos que tratam do Poder Legislativo.

Este artigo organiza-se da seguinte forma: posteriormente a esta Introdução, apresentam-se instrumentos e métodos; depois, o estudo bibliométrico, seguido do contexto epistemológico das informações em questão. Na sequência,

são descritas as variáveis, os conceitos primários e as referências na literatura por tipo de informação; e, por último, considerações finais são apresentadas.

2 Instrumentos e métodos

Em contexto eminentemente bibliográfico, a pesquisa desenvolve-se com base na Informetria (ROBREDO; CUNHA, 1998) – técnica de análise dos dados coletados em termos quantitativos (número de ocorrências) –, bem como na análise de conteúdo (MORAES, 1999), que busca estabelecer referencial conceitual para os termos objeto da pesquisa.

Descrevem-se, a seguir, as etapas do método de pesquisa:

2.1 Preparação das informações

Essa etapa envolveu a busca textual de uso do termo *informação legislativa* (e suas traduções para o inglês e para o espanhol) em bases de dados, de acordo com termos previamente definidos. Incluindo-se os correspondentes em língua inglesa e espanhola, as expressões buscadas foram estas: *informação legislativa*, *informação parlamentar*, *informação cidadã*, *informação eleitoral* e *informação política*.

As bases escolhidas foram: ABI/INFORM Global, Latin American Newsstand, ProQuest Military Collection, ProQuest Political Science, ProQuest Research Library, ProQuest Social Science Journals e Worldwide Political Science Abstracts. Além disso, buscaram-se os mesmos termos no Google Acadêmico®.

As pesquisas iniciais realizaram-se entre janeiro e março de 2013 e enfatizaram a investigação dos conceitos e das definições, e não apenas a de características que apresentassem as propriedades ou as qualificações dos vocábulos,

de forma a avaliar efetivamente a concepção das expressões por distintos autores que delas se valem em seus textos. Observou-se que poucos são os artigos científicos que apresentam algum conceito dos termos estudados, os quais na maioria das vezes são utilizados de forma indistinta para situações muitas vezes contraditórias, sem que haja a preocupação de construir uma taxonomia que estabeleça “família, gênero e espécie” de conceitos, o que gera ambiguidade no entendimento e sentido.

A segunda etapa, realizada em junho de 2014 – e com o apoio da Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, utilizando-se o Catálogo da Rede Virtual de Bibliotecas para acesso às bases Aleph, na Ebsco, Web of Science e Scielo –, consistiu na busca quali-quantitativa de trabalhos que mencionassem *informação legislativa*, *legislative information* e *información legislativa*.

A última etapa, realizada em maio de 2020, encerra as discussões sobre os termos envolvidos, tendo sido atualizada a pesquisa nas bases de dados escolhidas.

2.2 Unitarização ou transformação do conteúdo em unidades

Nessa fase, buscou-se identificar elementos diferenciadores e significativos de cada termo, a fim de se encontrar um padrão que os caracterizasse como únicos ou de se apontarem sinonímias admissíveis para seus usos.

2.3 Categorização ou classificação das unidades em categorias

Após a identificação dos conteúdos, foi possível estabelecer relações entre eles, em alguns casos indicando hierarquias, em outros, interseções e vinculações.

2.4 Descrição

Cada termo passou a ser descrito e caracterizado, tanto a indicar as variáveis que a ele se relacionam quanto a buscar um conceito operacional que permita sua mensuração.

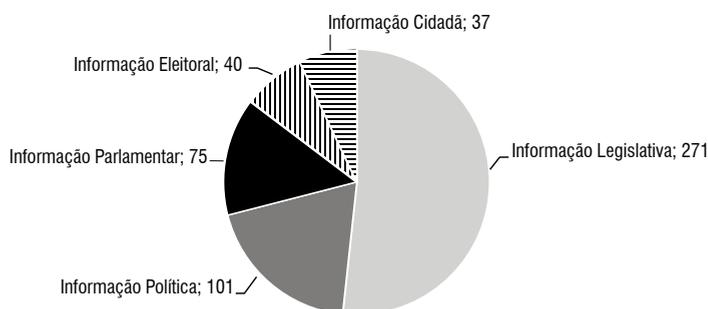
3 Estudo bibliométrico

O levantamento realizado indicou que, entre 1960 e 2020, houve 524 citações dos termos em estudo (com duplicidades eventuais em diferentes

bases de dados), distribuídos conforme o Gráfico 1, que apresenta as ocorrências de menção.

Gráfico 1

Ocorrências dos tipos de informação entre 1960 e 2020

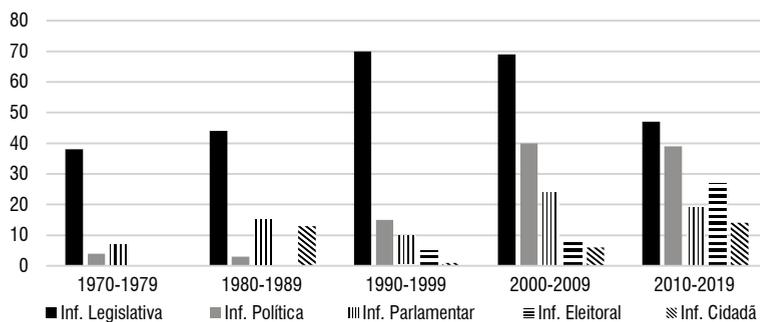


Fonte: elaborado pelos autores.

No Gráfico 2, que pormenoriza o estudo, verifica-se que a produção se diversificou e cresceu com o passar do tempo¹, mas sempre com maior destaque para o termo *informação legislativa*. Chama mais a atenção a produção nas duas décadas mais recentes – entre 2010 e 2019 houve significativa pluralização das obras e queda na produção que trata de informação legislativa, embora esta continue individualmente prevalecendo.

Gráfico 2

Número de obras por tipo de informação – 1970 a 2019



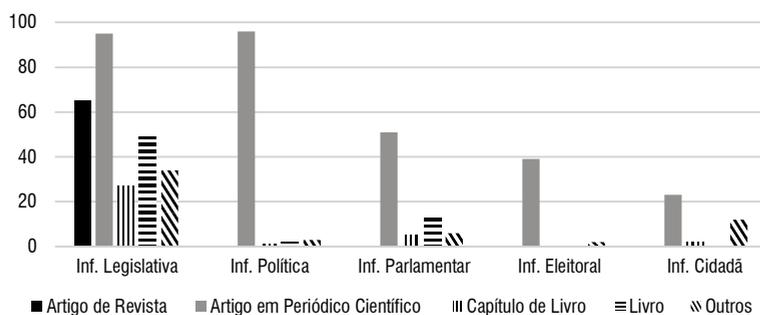
Fonte: elaborado pelos autores.

¹ O levantamento total inicia-se em 1960 e estende-se até 2020. Para padronizar a visualização, nos gráficos apresentam-se dados relativos apenas ao período entre 1970 e 2019. Excluiu-se, assim, um total de seis obras, uma referente à década de 1960 e cinco de 2020.

Quanto ao tipo de suporte bibliográfico (Gráfico 3), apenas *informação legislativa* apresenta uma pluralidade significativa de tipos – artigos em revista, em periódicos científicos, livros e capítulos em livros. Os outros tipos de informação são representados praticamente apenas por artigos em periódicos científicos – tipo prevalecente no universo pesquisado.

Gráfico 3

Número de obras por tipo de suporte e de informação – 1970 a 2019



Fonte: elaborado pelos autores.

Outro ponto importante observado foi a forma como os termos foram tratados nos textos identificados. Não há indicação de conceito dos termos, embora sejam usados como se houvesse consenso sobre seus significados, empregados até mesmo como sinônimos. O quadro a seguir aponta os principais autores identificados que utilizam os termos em mais de uma publicação.

Quadro 1

Autores com mais de um texto publicado com os termos em estudo

Tipo de informação	Autor	Título	Suporte	Ano
Informação Legislativa	Dutra, Yamil e Sousa	<i>Indexação de textos legislativos: a experiência da Subsecretaria de Análise do Senado Federal</i>	artigo de revista	1977
		<i>Automação e formação de uma rede de informação jurídico-legislativa: experiência no Senado Federal</i>	artigo de revista	1983
		<i>Automação e formação de uma rede de informações jurídico-legislativas: experiência no Senado Federal</i>	capítulo de livro	1985
		<i>O legislativo e a informação: uma introdução</i>	capítulo de livro	1985

Tipo de informação	Autor	Título	Suporte	Ano
Informação Legislativa	Dutra, Yamil e Sousa	<i>A informação e a informática na constituinte: Subsecretaria de Análise do Senado Federal</i>	capítulo de livro	1988
		<i>Sistemas de asesoría e información en el Senado Federal brasileiro</i>	capítulo de livro	1994
	Eirão, Thiago Gomes	<i>Sistema de legislação informatizada (LEGIN): uma experiência em gestão da informação jurídica na Câmara dos Deputados</i>	artigo em periódico científico	2013
		<i>A elaboração de projetos de lei: alguns apontamentos à luz da técnica legislativa na Câmara dos Deputados</i>	artigo em periódico científico	2017
	Fagan, Jody Condit	<i>Citizens' access to on-line state legislative documents</i>	artigo em periódico científico	2001
		<i>An accessibility study of state legislative Web sites</i>	artigo em periódico científico	2004
	Griffith, Jeffrey	<i>Conference wrap-up</i>	anais de congresso	1997
		<i>Congress' legislative information systems: THOMAS and the LIS</i>	artigo em periódico científico	2001
		<i>World e-parliament report 2010</i>	livro	2010
	Maia, Agaciel da Silva	<i>O combustível parlamentar</i>	artigo de jornal	2002
		<i>Senado brasileiro no futuro</i>	artigo de jornal	2002
	Nunez, Richard I.	<i>Inappropriate uses of computers in the legislative process</i>	livro	1975
		<i>Usos inadequados de computadores no processo legislativo</i>	capítulo de livro	1976
	Rocha, Marisa Perrone Campos	<i>Estudo sobre o comportamento informacional de parlamentares e assessores legislativos na Câmara Legislativa do Distrito Federal como subsídio à gestão estratégica de informações no processo legislativo</i>	livro	2001
		<i>Desenvolvimento de referencial teórico para um sistema de informações gerenciais (SIG) para parlamentares e assessores na Câmara Legislativa do Distrito Federal: em busca de um modelo conceitual</i>	artigo em periódico científico	2003
	Sartor, Giovanni	<i>Legislative XML for the semantic web: principles, models, standards for document management</i>	livro	2011
<i>Access to Legislation in the Semantic Web</i>		anais de congresso	2011	
Informação Política	Johnson, Thomas J.	<i>Voices of Convergence or Conflict? A Path Analysis Investigation of Selective Exposure to Political Websites</i>	artigo em periódico científico	2011
		<i>Communication Communities or "CyberGhettos?": A Path Analysis Model Examining Factors that Explain Selective Exposure to Blogs</i>	artigo em periódico científico	2009

Tipo de informação	Autor	Título	Suporte	Ano
Informação Política	Kaye, Barbara K.	<i>From here to obscurity? Media substitution theory and traditional media in an on-line world</i>	artigo em periódico científico	2003
		<i>Research methodology: Taming the cyber frontier – Techniques for improving online surveys</i>	artigo em periódico científico	1999
	Rennó, Lucio	<i>Os militantes são mais informados? Desigualdade e informação política nas eleições de 2002</i>	artigo em periódico científico	2006
		<i>Desigualdade e informação política: as eleições brasileiras de 2002</i>	artigo em periódico científico	2007
Informação Parlamentar	Dutra, Yamil e Sousa	<i>A informação e a informática na constituinte: Subsecretaria de Análise do Senado Federal</i>	capítulo de livro	1988
		<i>O legislativo e a informação: uma introdução</i>	capítulo de livro	1985
	Marcella, Rita	<i>Citizenship information research at the School of Information and Media</i>	artigo em periódico científico	2001
		<i>An exploration of the effectiveness for the citizen of Web-based systems of communicating UK parliamentary and devolved assembly information</i>	artigo em periódico científico	2002
		<i>The Impact of New Technology on the Communication of Parliamentary Information</i>	artigo em periódico científico	2005
		<i>The effectiveness of parliamentary information services in the United Kingdom</i>	artigo em periódico científico	2003
<i>Data collection using electronically assisted interviews in a roadshow – A methodological evaluation</i>	artigo em periódico científico	2003		
Informação Parlamentar	Marcella, Rita	<i>An exploration of the effectiveness for the citizen of Web-based systems of communicating UK parliamentary and devolved assembly information</i>	artigo em periódico científico	2002
		<i>Theoretical and methodological approaches to the study of information need in the context of the impact of new information and communications technologies on the communication of parliamentary information</i>	artigo em periódico científico	2002
	Nações Unidas	<i>World e-parliament report 2012</i>	livro	2012
		<i>World e-parliament report</i>	livro	2008
Informação Eleitoral	Freitas, J. R.	<i>A tutela preventiva como instrumento capaz de garantir o devido processo eleitoral: do caráter não absoluto da liberdade à informação ao controle do conteúdo das fake news</i>	artigo em periódico científico	2018
		<i>A liberdade à informação do eleitor e o seu núcleo de questionamentos: por quê? Para quê? Por quem?</i>	artigo em periódico científico	2018
Informação Cidadã	não há	não há	não há	não há

Fonte: elaborado pelos autores.

4 Contexto epistemológico

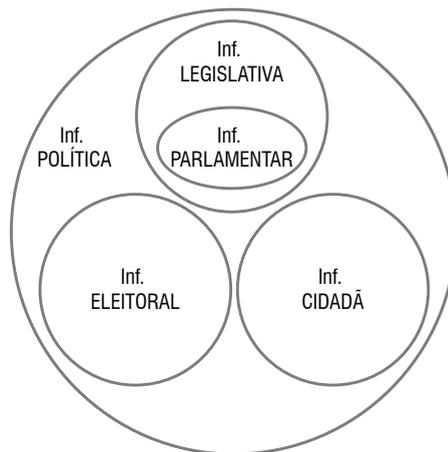
Neste tópico são apresentados os resultados obtidos da busca dos termos de estudo e discute-se cada conceito e suas implicações. Ressalte-se que apenas os artigos que indicavam de forma expressa conceito ou característica da informação em questão foram aqui avaliados e tiveram o termo discutido. Foram excluídos os artigos que apenas utilizavam os termos sem conceituação.

Neste ponto, há que se mencionar a referência ao que se considera informação, entendida como “dados organizados de modo significativo, sendo subsídio útil à tomada de decisão” (MIRANDA, 1999, p. 287). Esse conceito implica associar a informação à tomada de decisão e, por conseguinte, traz em seu escopo a ideia de que a informação atende, necessariamente, a um contexto espaço-temporal. De outra forma, a informação atende a uma tomada de decisão para determinada conjuntura de fatores – pessoas envolvidas, agentes naturais e materiais circundantes, condições limitantes etc. – e para específico universo temporal – passado (histórico), presente (imediatos) ou futuro (preditivo ou prospectivo²).

O que se tem na avaliação preliminar dos termos é o diagrama da Figura 1.

Figura 1

Diagrama de relação preliminar entre os tipos de informação estudados



Fonte: elaborada pelos autores.

² A predição implica utilizar dados e informações do passado para se conformar o futuro desejado ou vislumbrado; a prospecção busca delinear cenários futuros com base em tendências de evolução das principais variáveis que impactam o futuro desejado ou vislumbrado.

O diagrama indica que há relações de união, interseção e hierarquia entre os termos. A mais abrangente é a informação política, que engloba num nível imediatamente inferior a legislativa, a eleitoral e a cidadã. A informação legislativa tem como elemento subordinado a informação parlamentar, que integra seu significado, mas não o esgota.

4.1 Informação legislativa

De acordo com o Gemet Thesaurus (LEGISLATIVE..., [20--?]), a informação legislativa pertence à família da informação das populações, é entendida como informação pública e está voltada para o provimento de conhecimento que leva à proposição, à aprovação e à deliberação de leis, sendo específica para o contexto legal. Por *informação pública* entende-se a informação fatural ou circunstancial fornecida a uma comunidade ou população sem restrições. Ainda segundo o Gemet Thesaurus (LEGISLATIVE..., [20--?]), em outras línguas correspondem a *informação legislativa: información legislativa* (espanhol), *information législative* (francês), *legislative information* (inglês) e *informazione legislativa* (italiano), para citar alguns.

Complementarmente, Passos ([20--?], p. [2]) enfoca a informação legislativa como resultado do processo legislativo nas três esferas de governo, como produto de “proposições legislativas, substitutivos, pareceres, emendas, relatórios, etc.”. Aponta ainda que se diferencia da informação jurídica por não ter caráter impositivo. Na mesma linha, Moura ([20--?], p. 2) agrega ao conceito de informação legislativa “os pronunciamentos parlamentares e os debates ocorridos nos plenários das casas legislativas e das comissões”. Por outro lado, Alarcão (2011) restringe a informação legislativa à Câmara dos Deputados, mas amplia seu escopo como suporte para atividades internas e externas.

Vê-se, pois, que o núcleo da concepção de informação legislativa está relacionado à sua função mais reconhecida: a atividade de produção de leis e seus inerentes debates (à exceção de Alarcão (2011) e, em alguma medida, Moura ([20--?]), que expandem o conceito para atividades de outras naturezas).

Conforme discutido no princípio do artigo, de acordo com a definição de Polsby (1975), vê-se que é algo limitante e reducionista tratar como informação legislativa apenas a relacionada a uma específica função. De fato, o foco apenas na função torna falha a própria definição. Como aponta o mesmo Polsby, a função de produção de leis exclusiva das legislaturas pode mesmo não ser inerente a elas, como em vários casos de assembleias fragilizadas em contextos autoritários.

A atividade legislativa em sua essência refere-se a um processo de produção de leis³, a um padrão de ações que regularmente resulta na promulgação de regras gerais aplicadas sobre uma população. Enquanto esta atividade está inquestionavelmente no coração de toda vida política e assim para muitos propósitos é praticamente uma característica definidora de governo, onde o governo existe, a atividade legislativa não é precisamente sinônima de poder legislativo⁴. [...] Como mais de um observador já apontou, leis – ou ao menos regulações que incorporam sanções por descumprimento com alta probabilidade de aplicação – são algumas vezes produzidas por agências não consideradas poder legislativo, e assembleias frequentemente encon-

³ A palavra *lei* tem ao menos dois significados, caso se considere sua natureza ou sua formalidade jurídica. A natureza é a de norma, obrigação, isto é, imposição unilateral determinada pelo poder político, a qual traz consigo a obrigatoriedade e a probabilidade de coação. Quanto à formalidade jurídica, leis são apenas um dos tipos de normas, que podem ser decretos, leis complementares e ordinárias, normas constitucionais, entre outros exemplos.

⁴ *Legislature* aqui foi traduzida como *Poder Legislativo* – no caso a organização, o ente do Estado. Também se utiliza a palavra *assembleia* para traduzir *legislature*, da mesma forma em referência ao ente estatal.

tram-se engajadas em atividades outras que não a produção de leis. [...] Ocasionalmente surgem confusões naturais entre estudiosos porque às vezes a produção de leis ocorre fora do âmbito do poder legislativo, e por vezes as assembleias realizam outras atividades além da produção de leis⁵ (POLSBY, 1975, p. 258, tradução nossa).

O último período da citação é crítica perfeita à imprecisão do que se entende por *informação legislativa*: seria informação legislativa aquela relacionada à produção de normas numa organização que não o Poder Legislativo, numa agência reguladora ou no Poder Executivo, por exemplo? E as outras atividades não legislativas da organização caracterizariam as informações a ela relacionadas como legislativas?

Parece-nos, a partir de Polsby (1975), que informação legislativa pode ser considerada um gênero de informação, pois abarca diversos elementos. A precisão só seria alcançada caso esse gênero fosse desmembrado nas necessárias espécies. Esse aspecto é corroborado por Miranda, Paz, Cinnanti, Cardoso Filho, Oliveira e Barboza Júnior (2013), que incluem como subespécies de informação legislativa a informação cidadã e, para a democracia, a informação legislativa digital, a informação sobre competências organizacionais no legislativo e a informação para a gestão estratégica legislativa.

⁵No original: “Legislative activity at its core refers to a process of lawmaking, to a pattern of actions which regularly results in the promulgation of general rules having application to some specified population. While this activity is undoubtedly at the heart of all political life and hence for most purposes is virtually a defining characteristic of government, wherever government is found, legislative activity is not precisely synonymous with legislatures. [...] For as more than one observer has pointed out, laws – or at least regulations incorporating sanctions for noncompliance having a high probability of enforcement – are sometimes made through agencies not considered legislatures, and legislatures often find themselves engaged in activities other than lawmaking. [...] There occasionally arises a natural confusion among scholars because sometimes lawmaking is done outside legislatures, and sometimes legislatures do things other than lawmaking”.

No âmbito dos estudos legislativos da Ciência Política, Krehbiel (1992) alçou ao primeiro plano a problematização da informação. Segundo ele, a estrutura organizacional do Legislativo objetiva principalmente produzir e distribuir eficientemente informação para seus membros, pois o grande desafio da política é transformar ideias e projetos em realidades concretas, o que exige informação adequada para o melhor posicionamento político dos parlamentares. No Brasil, a transposição dessas reflexões deu-se sobretudo com os trabalhos de Santos (2014), Santos e Almeida (2011, 2005) e Santos e Canello (2016), aplicando-a à dinâmica do presidencialismo de coalizão e à estrutura e funcionamento do Poder Legislativo.

4.2 Informação parlamentar

A informação parlamentar envolve o domínio sobre as escolhas, as decisões e as políticas adotadas pelo governo de forma que se possam criticar e propor alternativas adequadas às necessidades da população (MILLER; PELIZZO; STAPENHURST, 2004). Gilbert (1997) reforça que a informação parlamentar é gerada por parlamentares e por aqueles que interagem com eles. Nesse caso, a falta de informação daquele tipo leva a uma assimetria da informação por parte dos parlamentares, que passam a produzir leis com base em informações incompletas ou até mesmo sem informação. A informação parlamentar deve ser estruturada em formato adequado ao processamento eletrônico, bem como “ser facilmente reutilizada e analisada por cidadãos, sociedade civil, setor privado e governo” (DECLARATION..., [2012?], p. 42, tradução nossa). A Declaração do Parlamento Aberto estabelece em seu escopo quatro áreas que sinalizam os tipos de informação parlamentar a serem obtidos para que o Parlamento atue de forma efetiva, conforme se apresenta no Quadro 2.

Quadro 2

Escopo e objetivos da informação parlamentar para a Declaração do Parlamento Aberto

Escopo	Objetivo informacional
Promover uma cultura de abertura	<ul style="list-style-type: none"> · Reconhecer o público como proprietário da informação parlamentar · Avançar na cultura da abertura da informação por meio de legislação adequada · Proteger uma cultura de abertura por meio da supervisão das ações do governo · Promover a educação para a democracia · Envolver e engajar cidadão e sociedade civil · Partilhar boas práticas com legislativos internos (estaduais e municipais) e externos (outros países) · Garantir recurso legal para que cidadãos tenham acesso à informação parlamentar · Disseminar informação completa · Prover informação tempestiva · Garantir informação acurada
Tornar a informação parlamentar transparente	<ul style="list-style-type: none"> · Adotar políticas de transparência parlamentar · Prover informações sobre papéis e funções do Parlamento · Prover informações sobre os membros do Parlamento, tais como: partido de filiação, mandato eleitoral, papéis no Parlamento, identidade do pessoal de apoio etc. · Prover informação sobre o pessoal de apoio ao Parlamento e sobre a administração legislativa · Informar aos cidadãos a agenda parlamentar · Engajar e envolver os cidadãos nos projetos de leis · Publicar registros de reuniões de comissões · Registrar os votos dos parlamentares · Publicar registros das audiências plenárias · Publicar registros criados ou requisitados pelo Parlamento · Prover informação sobre orçamentos e gastos · Informar sobre o patrimônio dos parlamentares para garantir sua integridade · Informar sobre conduta antiética ou de potenciais conflitos de interesse · Prover acesso à informação histórica
Facilitar o acesso à informação parlamentar	<ul style="list-style-type: none"> · Prover múltiplos canais de acesso à informação · Garantir o acesso físico à informação · Garantir acesso da mídia (jornalistas e observadores independentes) · Prover acesso em tempo real, por meio de uso de tecnologias da informação (como a internet, por exemplo), à atuação parlamentar · Facilitar o acesso à informação parlamentar em todo o País · Usar linguagem acessível a toda a população · Usar linguagem de trabalho ou linguagens que atendam aos diversos rincões do País · Assegurar livre acesso à informação
Habilitar comunicação eletrônica da informação parlamentar	<ul style="list-style-type: none"> · Prover informação em formato aberto e estruturado · Garantir usabilidade tecnológica para a informação disponibilizada · Proteger a privacidade dos cidadãos · Utilizar formatos não proprietários e <i>softwares</i> livres · Permitir possibilidade de baixar informações dos bancos de dados e sites para reuso · Manter websites parlamentares · Utilizar mecanismos de busca fáceis e estáveis · Integrar informação relacionada · Habilitar serviços de uso e alertas · Facilitar a comunicação em duas vias (parlamentar-cidadão e cidadão-parlamentar)

Fonte: adaptado de Declaration... ([2012?]).

Embora o título do seu trabalho contenha a expressão *informação legislativa*, Queiroz (2007, p. 16) conceitua somente a informação parlamentar, afirmando que “é o instrumento que o Poder Legislativo usa para fazer a mediação entre a sociedade e o Estado na definição de políticas públicas”.

Um primeiro elemento para problematizar o termo *parlamentar* é a distinção entre os sistemas de governo (CINTRA, 2007): parlamentarismo e presidencialismo. O formato institucional dos governos surgidos no Ocidente após as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII baseou-se de alguma forma no princípio da divisão de Poderes. Os grandes nomes do pensamento ligados a tal movimento são Locke (2006) e Montesquieu (2007), e a aplicação clássica e paradigmática dos princípios ocorreu nos Estados Unidos da América (EUA), em que o marco é a obra *O Federalista* (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

Uma tendência da nomenclatura (FISH; KROENIG, 2009) é associar o termo *Parlamento* a sistemas parlamentaristas e outras denominações a sistemas presidencialistas. Contudo, essa associação parece não trazer rendimentos explicativos significativos, uma vez que presidencialismo e parlamentarismo se apresentam como extremos de um *continuum* – e não como categorias homogêneas e excludentes –, em que há um sem-número de características que compõem uma ampla zona cinzenta no espaço intermediário. Desse modo, deduzir um plexo de características de um sistema político apenas pela denominação de sua Casa Legislativa não se mostra razoável.

Parlamento (*Parliament*) tem destaque na língua inglesa por denominar a Casa Legislativa do Reino Unido (*UK Parliament*), composta pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns (*House of Lords* e *House of Commons*, respectivamente), posição que lhe permitiu di-

fundir o termo. De fato, os trabalhos de Rita citados no Quadro 1 mostram que *parliamentary* é equivalente ao que usaríamos em português para *legislativo*, o que demonstra a influência da experiência do Reino Unido e a familiaridade entre os dois termos.

Nos EUA, a Casa Legislativa denomina-se Congresso (*Congress*), que se compõe de Senado (*Senate*) e Câmara dos Deputados (*House of Representatives*). Deve ser considerado também o termo *assembleia*, que se aplica a Casas Legislativas individuais, como na França (*Assemblée Nationale*), ou à instituição que engloba todo o poder representativo, como na Costa Rica (*Asamblea Legislativa*)⁶.

Em princípio, o adjetivo *parlamentar* relaciona-se à atividade mais conspícua do Legislativo, que é debater e deliberar, e à estrutura física do local que recebe tais atividades, o Parlamento. Como substantivo, refere-se ao político eleito para o Legislativo, chamado *parlamentar*. Isso dá a entender, por exemplo, uma busca na base bibliográfica da Biblioteca da Câmara dos Deputados. Exemplos clássicos do uso do termo *parlamentar* são *mandato parlamentar* e *atuação parlamentar*, que se referem ao sujeito e à sua ação⁷. No Brasil, costuma-se utilizar o termo *parlamentar* para tratar deputados e senadores, mas *Parlamento* não se utiliza tão frequentemente para referir-se à Casa Legislativa.

O termo *legislativo*, por sua vez – seja como adjetivo, seja como substantivo –, tem caráter bem mais amplo (já discutido em seção anterior) e engloba as acepções de *parlamentar*

⁶ Fish e Kroenig (2009, p. 14) apresentam as denominações originais e suas traduções inglesas para 158 países, e os termos *Parliament*, *Assembly* e *Congress* são os mais abundantes para denominar as Casas Legislativas.

⁷ A busca de livros e capítulos de livros com o termo *parlamentar* no título retorna 1.551 registros na rede virtual de bibliotecas da Câmara dos Deputados (acesso em 9 de novembro de 2015).

aqui discutidas. Na versão original da obra de Locke (2010) são frequentes os termos *legislative* e *legislature*, ao passo que *Parliament* é mais escasso e *parliamentary* está ausente.

4.3 Informação cidadã

Para Miranda, Paz, Cinnanti, Cardoso Filho, Oliveira e Barboza Júnior (2013, p. 327), a informação cidadã cria maiores condições para que a sociedade participe das decisões nacionais, “por meio do acesso a documentos e outros suportes informacionais disponibilizados pelas Casas Legislativas”. Porém, Bucci (2003) explicita somente o que é informação cidadã, focando sua utilidade na possibilidade de seu uso pelos cidadãos para a garantia de seus direitos. O autor não informa quais direitos (constitucionais ou outros) são contemplados, mas enfatiza seu uso nos processos de conscientização e de exercício dos direitos pelos cidadãos.

A discussão clássica sobre cidadania foi proposta pelo sociólogo Marshall (1967, 2002), com sua divisão substantiva e cronológica de direitos na Inglaterra: direitos civis consolidados no século XVIII, políticos no XIX e sociais no XX.

Na linha do que apresentam Miranda, Paz, Cinnanti, Cardoso Filho, Oliveira e Barboza Júnior (2013) e Bucci (2003), cidadania pode ser vista sob uma ótica funcional, isto é, a implementação do direito pelo interessado e os processos de buscá-lo. Nesse sentido, é o uso da informação para a garantia da efetivação dos direitos. Por outro lado, aproveitando-se diretamente de Marshall (2002), há também uma perspectiva das instituições que implementam a cidadania. Haveria uma instituição mais diretamente relacionada a cada um dos feixes de direito: para os direitos civis, os tribunais de justiça; para os políticos, o Parlamento; e para os sociais, o sistema educacional e os serviços sociais (MARSHALL, 2002, p. 9).

Uma breve visita a bases bibliográficas com a palavra-chave *cidadania*⁸ indica que é extenso e diversificado o corpo de trabalhos identificados com o termo, comprovando que na prática acadêmica ele circunscreve uma ampla gama de temas e discussões: navegam não apenas por todo o espectro de direitos, mas também pelas ações e instituições que os promovem.

Pode-se concluir que o termo *cidadania* também é genérico e necessita de maior especificação para que se possa apreender seu sentido de forma adequada, tanto numa perspectiva funcionalista do uso dos direitos quanto em sua própria natureza ou nas instituições que os promovem.

4.4 Informação eleitoral

A Unesco (BATISTA, 2003) entende a informação eleitoral como instrumento para aprimorar a democracia ao permitir a boa governança. O princípio reside na transparência – ou seja, se há transparência, há boa governança, e esta leva à democracia plena. Tal informação envolve a indicação do candidato ao cargo público, sua região ou sessão eleitoral e a quantidade de votos obtidos.

A discussão sobre eleições com base na Ciência Política é bastante vasta. Refere-se aos sistemas eleitorais, isto é, como se vota e como se agregam os sufrágios para fins de distribuição da representação política. Trata-se dos sistemas majoritário, proporcional e misto, bem como de suas variações (NICOLAU, 2004). Englobam todos os elementos da ação eleitoral: como se organizam candidatos, partidos e eleitores para efetivar o processo da representação política

⁸ A busca de livros e capítulos de livros com o termo *cidadania* no título retorna 1.181 registros na rede virtual de bibliotecas da Câmara dos Deputados, composta por 12 instituições públicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (acesso em 6 de novembro de 2015).

(formatos de voto, se em um candidato ou em vários em listas; presença de coligações; montagens de chapas, estratégias de campanha etc.).

Mais recentemente surgiu também, dentro da temática eleitoral, a questão da governança eleitoral, referida ao complexo de instituições que regulam o processo eleitoral e que têm importância como elementos causais dos resultados. Tarouco (2012, p. 3) assim exemplifica a governança eleitoral: “Os órgãos encarregados de administrar os processos eleitorais, os canais de solução de conflitos, as regras sobre elegibilidade, sobre elaboração legislativa, sobre financiamento e recrutamento partidário”.

A mesma autora, baseada em Mozaffar e Schedler, também explica que

[há] três níveis em que a governança eleitoral opera: *rule making, rule application, and rule adjudication*. No primeiro ocorre a elaboração das normas que devem reger o processo eleitoral, é o processo legislativo. No segundo, ocorre a condução do processo eleitoral em si e a organização das atividades envolvidas nas eleições – seria a administração das eleições. No terceiro nível são processados os conflitos entre os atores, acolhidas as queixas e decididos os litígios – seria o processo de adjudicação (TAROUCO, 2012, p. 4).

Assim, em princípio, poder-se-ia aplicar *informação eleitoral* a uma série de fenômenos, de modo que o posicionamento da Unesco (BATISTA, 2003) não chega a ser uma conceituação de informação legislativa, mas apresenta-se como uma agregação, em nível bastante amplo, dos resultados derivados do uso da informação legislativa, que desembocam (como uma possibilidade entre outras) em boa governança e desenvolvimento da democracia. A rigor, a preocupação da Unesco é funcional, pois diz respeito aos resultados da informação eleitoral – embora, à primeira vista, tal

resultado dependa de diversas outras variáveis intervenientes, como cultura cívica, presença de instituições e acesso a elas etc.

O tema eleitoral, considerada a citação anterior de Tarouco, engloba também aspectos legislativos, especificamente o processo de formulação de leis que impactam as ações eleitorais. Verifica-se, pois, que *informação eleitoral* deve ser considerada um gênero, o qual precisa expandir-se com base na definição de suas necessárias espécies.

4.5 Informação política

A informação política é entendida como a informação fornecida para atingir um grupo social particular, com o objetivo de influenciar sua opinião. Com efeito, “a informação política é oferecida ao público pelos meios de comunicação – imprensa, rádio, televisão – que costuma reservar aos assuntos especificamente políticos” (JESUS, 2012). Trata-se de recurso valioso, já que pode influenciar “potencialmente a preferência política de muitas pessoas”, apresentando o risco de ser manipulada e transmitir ideias falsas ou errôneas (INFORMAÇÃO..., [20--?]). Reforçam esse pensamento Huckfeldt, Beck, Dalton e Levine (1995, p. 1.025, tradução nossa) ao afirmarem que a “informação política é produzida como consequência das preferências individuais”, num ambiente de múltiplas e divergentes opiniões.

Tanto McGinnis (2012) quanto Tasic (2010) advogam que a informação política gera ignorância nos cidadãos por motivos diversos: para o primeiro, a obtenção de informação política é dispendiosa para o cidadão (posição corroborada por Berggren (2001)) e improdutiva, visto que é usada para guiar uma votação. Em ambos os casos, o cidadão prefere utilizar tempo e dinheiro na obtenção de informação que julga

mais importante e fica sujeito a informações equivocadas (e, muitas vezes, manipuladas) pelo candidato, o que é reforçado por Tasic (2010).

Na mesma linha, Barros, Bernardes e Rodrigues (2012) vinculam a informação política à comunicação e consideram sua importância para a democracia e para a cidadania, indicando vínculo desse tipo de informação com a informação cidadã.

A informação política vincula-se à informação parlamentar: há uma tendência de se falar do Parlamento mais sob a ótica política que sob a institucional (PARLIAMENTARY ASSEMBLY, 1994). Heitshusen (2000, p. 160), trabalhando com o conceito de grupos de interesse (*lobby*), complementa apontando a visão de Sabatier e Whiteman (1985, p. 397, tradução nossa), diferenciando informação *política* – “informação sobre a posição de outros atores políticos no contexto legislativo e impacto da legislação sobre reeleição e perspectivas de carreira” – e informação *sobre política* – que inclui “informações sobre o conteúdo real das alternativas legislativas propostas, a dimensão e as causas dos problemas que elas buscam resolver, [bem como] de seus prováveis efeitos sobre a sociedade”. A esta última tipologia, Heitshusen (2000) também denomina *informação técnica*, que, em sua visão, não é isenta ou voltada para a melhor política pública, mas pode, ao contrário, ser manipulada pelos legisladores em seu próprio interesse, buscando auferir ganhos. Por outro lado, denomina a informação política também como *informação de consequência eleitoral* e a qualifica como a informação representativa dos interesses de um grupo que elege um parlamentar que o represente no Parlamento.

De toda sorte, observando-se as características apresentadas pelos autores considerados, a tendência é a de que a informação política

seja a partilhada entre políticos e a população (KU; KAID; PFAU, 2003).

Dos termos estudados até aqui, *política* é o que se apresenta como mais amplo, e as diversas aplicações do termo *informação política* o comprovam. Sob a ótica da Ciência Política, Schmitter (1982, p. 30) propõe a discussão do que seja política como conceito e objeto de estudo:

A política pode ser definida como:

I – Suas “instituições”, pelo quadro social concreto e estabelecido dentro do qual participam os atores.

II – Seus “recursos”, pelos meios utilizados pelos atores.

III – Seus “processos”, pela atividade principal à qual se consagram os atores.

IV – Sua “função”, pelas consequências da sua atividade para a sociedade global de que faz parte.

Conforme esta tipologia geral, corresponderiam quatro definições específicas de campo de investigação da política:

I – Instituição: “Estado ou Governo”.

II – Recurso: “Poder, Influência ou Autoridade”.

III – Processo: “Decision-making” ou “Policy-formation” (formulação de decisões sobre linhas de conduta coletiva).

IV – “Resolução não violenta de conflitos”.

A definição de Schmitter é suficiente por si só para apontar a variedade de significados que o termo *política* pode ter, o que leva à consequente imprecisão do conceito de informação política quando não especificado. Tomada a Ciência Política como referência hierárquica para a organização das expressões *informação eleitoral*, *cidadã*, *parlamentar*, *legislativa* e *política*, pode-se inferir que *informação política* congrega as demais categorias, com *informação*

eleitoral, *cidadã* e *legislativa* num primeiro nível, e *parlamentar* num segundo, abaixo de *legislativa*. A figura abaixo representa essa hierarquia.

Figura 2

Árvore da família Informação Política



Fonte: elaborada pelos autores.

A análise dos textos que tratam dos diversos tipos de informação – assim como sua análise à luz de conceitos da Ciência Política – mostra que os conceitos de *informação* são definidos de forma precária ou mesmo não se definem. Considerada a pesquisa empírica, em que os conceitos devem transformar-se em variáveis operacionais (construtos), tem-se clareza da magnitude dessa fragilidade conceitual, pois não há rigor suficiente para construir conceitos e identificar variáveis e construtos operacionais sem lugar à dúvida.

5 Considerações finais

Considerando o estudo realizado, é possível esquematizar a relação entre o tipo de informação, as características encontradas na literatura e aquilo que neste artigo se consideram *conceitos primários*, que são as referências imediatas que se compreendem para cada um dos tipos de informação, as quais servem como referenciais para especificações posteriores. Ressaltam-se, ainda, as variáveis consideradas para cada tipo de informação conceituada e que trazem elementos que permitam efetivamente diferenciar os aspectos de aplicação de cada termo.

Como se pode notar no Quadro 3, são apresentadas na coluna *Referências na literatura* as obras tomadas como base para a discussão dos conceitos primários. Em alguns casos, as obras norteiam a produção de conceitos, em outros apresentam posições restritas ou imprecisas. Todo o material, contudo, ganha sentido em conjunto, pois permite a consolidação dos referenciais próprios de cada tipo de informação, além de iluminar suas fronteiras e zonas de sobreposição.

Assim, a informação legislativa tem seu conceito ligado principalmente ao processo e ao resultado das atividades atribuídas ao Poder Legislativo, estando vinculada à organização, à estrutura e ao funcionamento desse Poder e no próprio processo legislativo.

Por sua vez, a informação parlamentar é *intuitu personae*, ou seja, são as informações geradas e partilhadas por parlamentares de acordo com seus interesses, conveniências e necessidades. É a informação distribuída por parlamentares e assessores e que se inclui na informação legislativa, por ter sua origem vinculada ao processo legislativo. Dos termos em inglês, *parliamentary* é em boa medida sinônimo de *legislative* em português.

A informação eleitoral tem sua identidade exclusivamente ligada à relação entre parlamentar e eleitor. Seu objetivo maior é informar sobre o processo eleitoral, as características do candidato, a forma de escolha etc., com o fito de auxiliar o eleitor quanto à escolha do candidato que melhor o representa.

A informação cidadã, por sua vez, está voltada para os aspectos do exercício dos direitos do cidadão e as implicações no contexto social.

Por fim, a informação política é abrangente dada sua natureza de abarcar todos os assuntos que envolvem o significado de “política” em todos os contextos, incluindo as questões de cultura política, sociedade, órgãos públicos, entre outras. Trata-se da “matriarca” da família de termos estudados.

Quadro 3

Variáveis, conceitos primários e referências na literatura por tipo de informação

Tipo de informação	Referências na literatura	Conceitos primários	Variáveis
Informação legislativa	<ul style="list-style-type: none"> · Resultado do processo legislativo (PASSOS, [20--?]; KREHBIEL, 1992). · Não tem caráter impositivo (PASSOS, [20--?]), diferenciando-se da informação jurídica. · Relaciona-se tanto com a função legislativa quanto com a estrutura dos órgãos que lhe dão realidade (POLSBY, 1975). · Informação relativa ao exercício da soberania, à fundamentação do poder político (LOCKE, 2010). 	<ul style="list-style-type: none"> · Informação ligada ao órgão estatal definido pelo Poder Legislativo. · Informação relacionada à produção de normas e políticas públicas. · Informação relacionada à fonte da soberania nas repúblicas e democracias. 	<ul style="list-style-type: none"> · Regras de composição das assembleias; composição das assembleias por variáveis demográficas, sociais, econômicas etc. · Regras formais e informais de funcionamento das assembleias. · Tipos de estruturas organizacionais das assembleias. · Prerrogativas dos parlamentares e do Poder Legislativo. · Relação do Poder Legislativo com os outros poderes.

Tipo de informação	Referências na literatura	Conceitos primários	Variáveis
Informação parlamentar	<ul style="list-style-type: none"> Instrumento do Poder Legislativo para mediar a sociedade e o Estado na definição de políticas públicas (QUEIROZ, 2007). Informação independente para entender as escolhas, as políticas e as decisões do governo (MILLER; PELIZZO; STAPENHURST, 2004). Informação gerada por parlamentares e por quem interage com eles (GILBERT, 1997). 	<ul style="list-style-type: none"> Informação referida ao membro do Poder Legislativo. Informação ligada à prática de apresentação, debate, negociação e deliberação de propostas no Poder Legislativo. 	<ul style="list-style-type: none"> A informação parlamentar é espécie da informação legislativa.
Informação eleitoral	<ul style="list-style-type: none"> Ação de políticos e partidos em relação ao eleitor (BATISTA, 2003). Formas de apresentação de candidatos e de votação e escolha de representantes (NICOLAU, 2004). Instituições de organização e controle das eleições (TAROUÇO, 2012). 	<ul style="list-style-type: none"> Informação sobre os processos de escolha de representantes e autoridades via eleições, sejam informações para os que tomam as decisões, sejam para os que se apresentam para os pleitos como candidatos. Informações sobre as instituições de organização e controle das eleições. 	<ul style="list-style-type: none"> Número de votos no tempo; votos por cargos e candidatos; distribuição de votos por variáveis geográficas, demográficas, sociais, econômicas. Votações em referendo e plebiscito; temas de referendo e plebiscito. Características dos sistemas eleitorais, como regras de apresentação de candidatos, votação e agregação de votos; características, prerrogativas e funções dos órgãos responsáveis pelas eleições.
Informação cidadã	<ul style="list-style-type: none"> Ajuda as pessoas a tomarem consciência de direitos (BUCCI, 2003). Relativa aos direitos civis, políticos e sociais e aos órgãos que lhe dão concretude (MARSHALL, 1967). 	<ul style="list-style-type: none"> Informação relacionada ao exercício de direitos e às instituições que os promovem. 	<ul style="list-style-type: none"> Rol de direitos; história dos direitos; indicadores do efetivo exercício dos direitos; exercício dos direitos por variáveis demográficas, sociais, econômicas etc.
Informação política	<ul style="list-style-type: none"> Resposta correta sobre conhecimento político (SCHMITTER, 1982). Informação social que é gerada para influenciar decisões de outras pessoas ou seu grupo político (THE VALUE..., 2009). Oferecida por meios de comunicação-imprensa (BLÁSQUEZ, 1999 apud JESUS, 2012). Formas de influência sobre o poder político (HEITSHUSEN, 2000). Informações sobre Estado, Governo, Poder, Influência, Autoridade, Formulação de Políticas Públicas e Solução Pacífica de Conflitos (SCHMITTER, 1982). 	<ul style="list-style-type: none"> Informação sobre a ordem social definida pelas relações políticas formais: como os distintos poderes, seus órgãos, membros, prerrogativas; e informais: redes de influência, cultura política. Informação sobre processos decisórios em órgãos políticos. 	<ul style="list-style-type: none"> A informação política é a mais ampla e engloba todas as outras.

Fonte: elaborado pelos autores.

Ao finalizar o estudo, estabelecem-se para os tipos de informação os seguintes conceitos:

a) informação política é toda informação relacionada aos aspectos formais e informais que envolvem a política numa nação, abrangendo a informação legislativa, a informação eleitoral e a informação cidadã;

b) informação legislativa é gênero da informação política e oriunda do Poder Legislativo e,

por consequência, do processo legislativo; tem por espécie a informação parlamentar, gerada pelo parlamentar no exercício de suas funções;

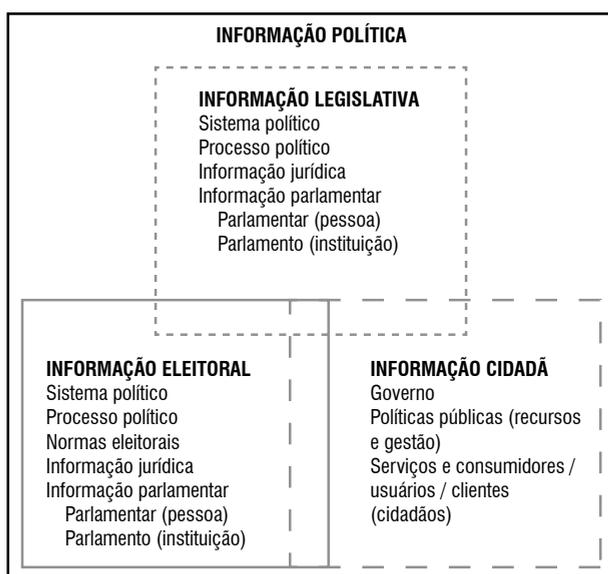
c) informação eleitoral é gênero da informação política e compõe-se de informações relevantes sobre o processo eleitoral, os candidatos, as características e plataformas, e de informações que auxiliam o eleitor na tomada de decisão sobre qual candidato melhor o representa;

d) informação cidadã é a informação voltada para os direitos do cidadão e suas implicações para o processo político, sendo também gênero da informação política.

De forma didática, apresenta-se na Figura 3 o diagrama que mostra as questões privativas de cada informação, bem como seus elementos de interseção.

Figura 3

Características individualizadas e interseções entre as informações estudadas



Fonte: elaborada pelos autores.

Sobre os autores

Roberto Campos da Rocha Miranda é doutor e mestre em Ciência da Informação pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; pós-graduado em Psicologia Clínica pela Universidade de Araraquara, Araraquara, SP, Brasil; pós-graduado em Administração de Recursos Humanos no Setor Público pela Universidade Cândido Mendes, Brasília, DF, Brasil; professor do programa de pós-graduação do Cefor da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: roberto.rocha@camara.leg.br

Ricardo de João Braga é doutor em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Ciência Política pela Universität Siegen, Siegen, Nordrhein-Westfalen, Alemanha; pós-graduado em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, DF, Brasil; professor do programa de pós-graduação do Cefor da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: ricardo.braga@camara.leg.br

Como citar este artigo

(ABNT)

MIRANDA, Roberto Campos da Rocha; BRAGA, Ricardo de João. Informação legislativa e correlatas: como conceituar? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 85-109, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p85

(APA)

Miranda, R. C. da R., & Braga, R. de J. (2021). Informação legislativa e correlatas: como conceituar? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 85-109. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p85

Referências

ALARCÃO, Cláudia Marisa de Aquino. *A gestão da informação legislativa na Câmara dos Deputados*. 2011. Monografia (Especialização em Gestão Pública Legislativa) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/10231>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BARROS, Antonio Teixeira de; BERNARDES, Cristiane Brum; RODRIGUES, Malena Rehbein. Comunicação pública, participação social e representação política: a experiência recente da Câmara dos Deputados. *In: ENCONTRO NACIONAL DA ULEPICC-BRASIL*, 4., 2012, Rio de Janeiro. [Anais]. Rio de Janeiro: ULEPICC, 2012. Disponível em: http://www.rscomunica.com.br/ulepicc/pdf/gt2/BARROS,_BERNARDES,_RODRIGUES_comunicacao_publica_participacao_social_e_representacao_politica.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

BATISTA, Carlos. *ICTs and good governance: the contribution of information and communication technologies to local governance in Latin America*. Brasília, DF: Universidade de Brasília; Paris: Unesco, 2003.

BERGGREN, Heidi M. Institutional context and reduction of the resource bias in political sophistication. *Political Research Quarterly*, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 531-552, Sept. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1177/106591290105400303>.

BUCCI, Eugênio. O que é uma informação cidadã. [Entrevista concedida a] Rosângela Gil. *Boletim NPC*, Santos, out. 2003. Disponível em: <http://piratininga.org.br/entrevistas/bucci-cidada.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CINTRA, Antônio Octávio. Presidencialismo e parlamentarismo: são importantes as instituições? *In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Ed. Unesp, 2007. p. 37-59.

COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. *Legislative leviathan: party government in the House*. Berkeley: University of California Press, 1993. (California Series on Social Choice and Political Economy, 23).

DECLARATION on Parliamentary Openness: provision commentary. [S. l.]: OpeningParliament.org, [2012?]. Disponível em: <http://www.openingparliament.org/static/pdfs/commentary-20120914.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

FISH, M. Steven; KROENIG, Matthew. *The handbook of national legislatures: a global survey*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

GERRING, John. *Social science methodology: a criterial framework*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001.

GILBERT, Catherine. *Providing information to parliaments: current trends in the online provision of information to members of parliament in Australia*. Canberra: Parliamentary Library, 1997. Disponível em: <http://conferences.alia.org.au/online1997/proceedings/onl205.html>. Acesso em: 14 jan. 2013.

GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (ed.). *Handbook of political science: governmental institutions and processes*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1975. v. 5. (Addison-Wesley Series in Political Science).

GUIMARÃES, André Sathler; BRAGA, Ricardo de João. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242910>. Acesso em: 24 mar. 2021.

GUIMARÃES, André Sathler; SCHWARTZ, Fabiano Peruzzo; WERNECK, Juliana de Souza; MELO, Maria Raquel Mesquita. Strategic management in legislative public management: a comparative perspective. *International Business and Management*, [Quebec], v. 11, n. 1, p. 13-24, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.3968/7201>. Disponível em: <http://www.cscanada.net/index.php/ibm/article/view/7201>. Acesso em: 24 mar. 2021.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. (Clássicos do Direito).

HEITSHUSEN, Valerie. Interest group lobbying and U.S. House decentralization: linking informational focus to committee hearing appearances. *Political Research Quarterly*, [s. l.], v. 53, n. 1, p. 151-176, Mar. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1177/106591290005300108>.

HUCKFELDT, Robert; BECK, Paul Allen; DALTON, Russell J.; LEVINE, Jeffrey. Political environments, cohesive social groups, and the communication of public opinion. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 39, n. 4, p. 1.025-1.054, Nov. 1995. DOI: <https://doi.org/10.2307/2111668>.

INFORMAÇÃO política. In: WIKI Utilitarismo Prático. [S. l.]: Fandom, [20--?]. Disponível em: http://pt-br.utilitarismopratico.wikia.com/wiki/Decis%C3%B5es_pol%C3%ADticas. Acesso em: 24 mar. 2021.

JESUS, M. Jornalismo político na vida acadêmica. In: ÍRIS NETO. *Atuação 2012*. Pelotas, 10 out. 2012. Disponível em: http://atuacao20122.blogspot.com.br/2012_10_01_archive.html. Acesso em: 13 ago. 2013.

KREHBIEL, Keith. *Information and legislative organization*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992. (Michigan Studies in Political Analysis).

KU, Gyotae; KAID, Lynda Lee; PFAU, Michael. The impact of web site campaigning on traditional news media and public information processing. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, [s. l.], v. 80, n. 3, p. 528-547, Sept. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1177/107769900308000304>.

LEGISLATIVE information. In: GEMET Thesaurus. [S. l.: s. n., 20--?]. Disponível em: <http://www.vocabularyserver.com/gemet/en/index.php?tema=4762>. Acesso em: 24 mar. 2021.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. [S. l.: Gutenberg], 2010. E-book. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. (Coleção Pensamento Urbano).

MALTZMAN, Forrest. *Competing principals: committees, parties, and the organization of Congress*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. (Biblioteca de Ciências Sociais).

_____. *Cidadania e classe social*. Edição de Walter Costa Porto. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. (Leituras sobre a Cidadania, 1).

MCGINNIS, John O. Federalism as a discovery process and a catalyst for humility. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 115-120, 2012. Disponível em: https://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2013/10/35_1_115_McGinnis-1.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

MILLER, Robert; PELIZZO, Riccardo; STAPENHURST, Rick. *Parliamentary libraries, institutes and offices: the sources of parliamentary information*. Washington, DC: World Bank Institute, 2004. (Series on Contemporary Issues in Parliamentary Development). Disponível em: <https://documents.worldbank.org/pt/publication/documents-reports/documentdetail/346101468166153612/parliamentary-libraries-institutes-and-offices-the-sources-of-parliamentary-information>. Acesso em: 24 mar. 2021.

MIRANDA, Roberto Campos da Rocha (org.). *Informação e conhecimento no Legislativo*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. (Série Relatos de Pesquisa, n. 2). Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/handle/1/542>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. O uso da informação na formulação de ações estratégicas pelas empresas. *Ciência da Informação*, Brasília, DF, v. 28, n. 3, p. 286-292, set./dez. 1999. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19651999000300006>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651999000300006&lng=pt&lng=pt. Acesso em: 24 mar. 2021.

MIRANDA, Roberto Campos da Rocha; PAZ, Calíope Maria Melo; CINNANTI, Cristina Jacobson Jácomo; CARDOSO FILHO, Jair Cunha; OLIVEIRA, Maria Alice Gomes de; BARBOZA JÚNIOR, Olival Gomes. Informação legislativa: aspectos multiformes. In: MIRANDA, Roberto Campos da Rocha; SOUZA, João Ricardo Carvalho de (org.). *O processo legislativo, o orçamento público e a casa legislativa*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 325-353. (Série Relatos de Pesquisa, n. 3). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13416>. Acesso em: 24 mar. 2021.

MOE, Terry M. The new economics of organization. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 28, n. 4, p. 739-777, Nov. 1984. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/2110997>.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção Obra Prima de cada Autor. Série Ouro).

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Educação*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

MOURA, Victor Hugo Vieira. *As unidades de informações do Senado Federal: da informação legislativa à informação jurídica*. [S. l.: Febab, 20--?]. Disponível em: http://www.febab.org.br/integrar/palestras/victor_hugo_2.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

PARLIAMENTARY ASSEMBLY. *Doc. 7106.1403-16/6/94-1-E*. Information report on parliaments and media. [S. l.]: Parliamentary Assembly, 1994. Disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=8105&lang=EN>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PASSOS, Edilenice. *Informação legislativa*. [S. l.: s. n., 20--?]. 19 slides. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/5348/No%C3%A7%C3%B5es%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20legislativa.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 set. 2020.

POLSBY, Nelson W. Legislatures. In: GREENSTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (ed.). *Handbook of political science: governmental institutions and processes*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1975. v. 5, p. 257-319. (Addison-Wesley Series in Political Science).

QUEIROZ, Cid Medeiros C. de. *A informação legislativa da fonte ao veículo: análise crítica sobre os processos de articulação entre a Consultoria Legislativa e a Secretaria de Comunicação da Câmara dos Deputados*. 2007. Monografia (Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/10210>. Acesso em: 24 mar. 2021.

ROBREDO, Jaime; CUNHA, Murilo Bastos da. Aplicação de técnicas infométricas para identificar a abrangência do léxico básico que caracteriza os processos de indexação e recuperação da informação. *Ciência da Informação*, Brasília, DF, v. 27, n. 1, p. 11-27, jan./abr. 1998. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19651998000100003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000100003&lng=en&nrn=iso. Acesso em: 24 mar. 2021.

SABATIER, Paul; WHITEMAN, David. Legislative decision making and substantive policy information: models of information flow. *Legislative Studies Quarterly*, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 395-421, Aug. 1985. DOI: 10.2307/440038.

SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. *Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão*. Curitiba: Appris, 2011. (Coleção Ciências Sociais).

_____. Teoria informacional e a seleção de relatores na Câmara dos Deputados. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 693-735, out./dez. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400001>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582005000400001&script=sci_arttext. Acesso em: 24 mar. 2021.

SANTOS, Fabiano; CANELLO, Júlio. Comissões permanentes, estruturas de assessoramento e o problema informacional na Câmara dos Deputados do Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 1.127-1.168, out./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/001152582016109>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582016000401127&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 24 mar. 2021.

SANTOS, Fabiano. O legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da Câmara dos Deputados. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 1.958, p. 1-37, abr. 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=22244. Acesso em: 24 mar. 2021.

SCHMITTER, Philippe C. Reflexões sobre o conceito de política. In: NICHOLSON, Peter; SCHMITTER, Philippe C. *Política e ciência política*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1982. p. 29-35. (Cadernos da UnB, 2).

TAROUCO, Gabriela da Silva. Governança eleitoral: incentivos institucionais e competição partidária. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 8., 2012, Gramado. [Anais]. Rio de Janeiro: ABCP, 2012.

TASIC, Slavisa. The modern growth of government springs more from ideas than from vested interests. *The Independent Review*, [Oakland], v. 14, n. 4, p. 549-568, 2010. Disponível em: <https://www.independent.org/publications/tir/article.asp?id=778>. Acesso em: 24 mar. 2021.

THE VALUE of information. In: IA. [S. l.], Aug. 31, 2009. Disponível em: <http://ia.net/blog/the-value-of-information>. Acesso em: 24 mar. 2021.

WEINGAST, Barry R.; MARSHALL, William J. The industrial organization of Congress; or, why legislatures, like firms, are not organized as markets. *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 96, n. 1, p. 132-163, Feb. 1988. DOI: <https://doi.org/10.1086/261528>.

A necessária proteção jurídica aos trabalhadores que exercem trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar

DULCELY SILVA FRANCO
CARLA REITA FARIA LEAL

Resumo: O artigo analisa a situação dos trabalhadores que exercem trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar, com o objetivo de demonstrar a necessidade de sua proteção jurídica, a qual não tem sido objeto de efetiva preocupação do Legislativo. Utilizando-se do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, apresentam-se as bases teóricas da centralidade do trabalho humano; descreve-se o processo de trabalho do corte manual da cana, identificando os riscos e os possíveis danos desse labor aos rurícolas; analisam-se a doutrina, a jurisprudência e propostas legislativas relativas à proteção dos que realizam trabalho penoso, destacadamente o exercido pelos cortadores de cana-de-açúcar. Conclui-se pela existência de balizas doutrinárias e jurisprudenciais robustas o suficiente para inspirar legislação que regulamente o exercício do trabalho penoso e que contemple a proteção à vida, à saúde, ao bem-estar e à dignidade dos cortadores manuais da cana-de-açúcar.

Palavras-chave: Trabalho penoso. Cortadores de cana-de-açúcar. Omissão legislativa.

The necessary legal protection for workers performing the strenuous activity of manual cutting of sugar cane

Abstract: The study investigates conditions of workers who perform strenuous activity in the manual cutting of sugar cane. The objective was to demonstrate the need for legal protection to these workers, which, to date, has not been the object of effective concern by the Legislature. The theoretical bases of the human work centrality were presented according to the deductive method and bibliographic and documentary research

Recebido em 28/7/20
Aprovado em 8/9/20

techniques. The study describes the work process of manual cane cutting, identifying risks and possible damages to farmers. It also analyzes the doctrine, jurisprudence, and legislative proposals related to the protection of workers that perform strenuous activity, mainly sugarcane cutters. The study shows that robust doctrinal and jurisprudential beacons inspire legislation for the regulation of strenuous activity, contemplating protection of life, health, well-being, and dignity of sugarcane cutters.

Keywords: Strenuous activity. Sugarcane cutters. Legislative omission.

1 Introdução

O corte manual da cana-de-açúcar é trabalho penoso exercido por trabalhadores rurais mediante extremo esforço físico e desgaste mental, sob condições ambientais e organização do trabalho severas e geradoras de diversos danos à vida, à saúde e ao bem-estar dos que o exercem.

Em regiões de solos irregulares, onde as colhedoras mecânicas não podem atuar, as atividades do corte manual (e, por vezes, da colheita manual) ainda têm sido necessárias e continuam a demandar especial atenção dos empregadores rurais canavieiros, do Poder Público, dos sindicatos e dos operadores do Direito para garantir aos rurícolas a proteção jurídica de direitos humanos e fundamentais, como a vida, a dignidade e a saúde.

Nesse contexto, o artigo tem como objetivo geral discutir a necessidade de proteção legal dos que atuam em trabalhos penosos, notadamente dos rurícolas que laboram no corte manual da cana-de-açúcar. Como objetivos específicos, têm-se a exposição da centralidade do trabalho para a dignidade humana, a descrição do processo de trabalho, com foco nos danos e riscos ao trabalhador no corte manual da cana-de-açúcar, bem como o debate acerca da urgência no tocante à atuação do Estado legislador na proteção da vida, da saúde, do bem-estar e da dignidade dos cortadores de cana.

Utilizando-se método dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o artigo está dividido em três partes: a primeira aborda o trabalho como elemento central da vida em sociedade e de preservação da dignidade da pessoa humana; a segunda expõe o modo como o corte de cana é realizado e também os riscos e eventuais agravos sofridos pelos rurícolas; a terceira parte expõe a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o trabalho penoso, a caracterização do corte manual da cana-de-açúcar como trabalho penoso, bem como as propostas legislativas que visam à proteção dos trabalhadores rurais que o exercem.

2 Trabalho humano e sua valorização

No contexto da pós-modernidade, a concepção do trabalho humano está distante da que predominou entre os gregos e romanos: a de que a atividade humana prática, desvinculada do ócio contemplativo, era considerada por si só como vergonha, peso, fadiga, dor e causa de indignidade da essência humana (BATTAGLIA, 1958, p. 29-52).

Na contemporaneidade, a noção de trabalho parte de uma visão integrada das capacidades física e psicossocial do ser humano, aplicadas à realização de uma determinada tarefa, bem como de seu potencial para a garantia de uma vida digna. O trabalho ocupa lugar central na vida humana por seu caráter transformador, tanto da natureza quanto das potencialidades do próprio homem (MARX, 2011, p. 326-327). É “atividade permanente do espírito”, tendo caráter criador e transformador do homem e do “mundo histórico” em que vive (BATTAGLIA, 1958, p. 7-12).

Dejours (2011, p. 77) comenta que o trabalho significa muito mais do que produzir, fabricar ou transformar o mundo: é por meio do trabalho que o homem se transforma, se produz e se revela a si mesmo. Wandelli (2012, p. 42), nesse sentido, afirma que “depois do trabalho ele já não é completamente o mesmo do que antes de o ter compreendido”. Dejours (2012, p. 24) assim descreve o trabalho:

o que implica, de uma perspectiva humana, o fato de trabalhar: os gestos, os saber-fazer, o engajamento do corpo, a mobilização da inteligência, a capacidade de refletir, de interpretar e de reagir a diferentes situações, é o poder de sentir, de pensar, de inventar etc. [...] o trabalho não é, em primeira instância, a relação salarial ou empregatícia, é o “trabalhar”, ou seja, um modo específico de

engajamento da personalidade para enfrentar uma tarefa definida por constrangimentos (materiais e sociais).

Ao discorrer sobre a noção de trabalho, Wandelli (2012, p. 42) critica o posicionamento que o reduz a mero meio de subsistência, afirmando haver um “esvaziamento” do conceito. Para ele, deve-se expandir a noção de trabalho ligada à “reprodução da vida como dimensão biológica” para integrar-se na concepção de que o trabalho é “forma essencial de realização do humano e desenvolvimento de sua individualidade e convivialidade, uma atividade que, por si só, é condição e manifestação incontornável da dignidade humana”.

Battaglia (1958, p. 294-295), ao tratar do tema sob o enfoque da filosofia, afirma que o trabalho consiste em muito mais do que uma tarefa econômica ou a “simples atividade de músculos” a exigir esforço físico. Para ele, o trabalho conjuga esses aspectos e a consciência por meio da qual o homem se reconhece “como ser inteligente e com vontade, constitui-se e se eleva verdadeiramente à ordem moral”, de modo a conceber planos, exercitar seu querer, pensar e aprofundar as suas condições de vida. Battaglia (1958, p. 297-299) conclui que o trabalho proporciona não apenas o conhecimento de si próprio, mas o conhecimento e reconhecimento do outro, obrigando o ser humano a sair do individualismo e viver em sociedade, constituindo-a.

Outro ponto a ser ressaltado é que não há neutralidade no trabalho: ele tem potencial tanto destrutivo quanto construtivo para a saúde e a autonomia do trabalhador (WANDELLI, 2012, p. 63). É oportuna a noção de que o trabalho transitará entre a positividade e a negatividade, bem como entre a racionalidade (intelecto e razão) e a irracionalidade (sentimentos e paixões), que constituem as antinomias e os contrastes da natureza dúplice do homem e do trabalho:

Não há empenho do homem no trabalho que, como atividade espiritual que é, não seja, ao mesmo tempo, ato cognitivo e prático; que não advirta na verdade certa margem de erro, e na beleza um traço de feiura; que, satisfazendo a interesses econômicos, não esteja causando dano à utilidade de alguém; que, sendo bom, não seja continuamente ameaçado pelo mal; e que, isto não obstante, não ofereça sempre possibilidades para novas sínteses realizadoras de valores positivos (BATTAGLIA, 1958, p. 9).

Wandelli (2012, p. 64) pondera que, embora seja possível a ocorrência de consequências negativas, a exemplo da degradação da saúde, “o trabalho também é capaz de gerar o melhor, como mediador insubstituível para a saúde, a autonomia, a aprendizagem moral, a política e a emancipação, sendo mediador privilegiado da estruturação da subjetividade e do aprendizado da convivência”. Assim considerado, o trabalho pode valorizar o ser humano e afirmar-lhe sua dignidade, ou seja, “valorizar o trabalho significa valorizar a pessoa humana” (MARQUES, R., 2007, p. 111).

O trabalho é reconhecido como um direito e valorizado em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, [1948]), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (BRASIL, 1992) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948).

No âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2020a]) confere especial tratamento ao trabalho: elege-o como direito fundamental (arts. 6º e 7º), dispõe que o valor social do trabalho, ao lado do valor social da livre iniciativa, é princípio fundamental da República (art. 1º, IV), estabelece que a ordem econômica deve priorizar a valorização do trabalho huma-

no (art. 170, *caput*) e que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Assim, além de assegurar o direito ao trabalho, a CRFB determina que a livre iniciativa, entendida como a liberdade conferida a qualquer pessoa de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – que, nas palavras de Grau (2017, p. 199-201), também é um modo de expressão do trabalho e tem valor social por possibilitar postos de trabalho, por exemplo – está, assim como a República, igualmente submetida à valorização do trabalho humano.

Marques, R. (2007, p. 118-119) comenta que essa submissão se justifica (entre outros motivos, como os mencionados inicialmente) porque é o trabalho humano o sustentáculo do modo de produção capitalista e da economia do País, permitindo a geração da “riqueza necessária a que a livre iniciativa possa, por si, operar e atingir, também, seu valor social, ou seja, tornar-se socialmente útil à sociedade em geral e não apenas ao mercado e ao capital”, pois, sem o trabalho, não há transformação da natureza nem produção de riquezas e, ainda que haja automatização de todos os processos de trabalho, o mercado não sobreviveria sem consumidores para seus produtos – o que, *a priori*, só seria possível aos que obtivessem renda por meio do trabalho (MARQUES, R., 2007, p. 112-119).

O valor social do trabalho deve prevalecer sobre os valores da ordem econômica, isto é, das relações ou atividades econômicas (GRAU, 2017, p. 64-196), de modo que não seja considerado uma mercadoria (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [20--]), mas direito humano e fundamental, capaz de promover a dignidade de quem labora. Impõem-se à ordem econômica diversas tarefas e limites que visem à valorização do trabalho, por meio da busca do pleno emprego, da garantia de salários justos aos trabalhadores, da proibição de trabalho forçado e trabalho infantil e – o que

interessa mais diretamente à presente pesquisa – da promoção de um meio ambiente do trabalho saudável e seguro, de modo a assegurar vida digna aos trabalhadores.

O trabalho, pois, é indispensável ao ser humano e à sociedade, e sua valorização cumpre a função de humanizar as relações econômicas, conferindo prioridade ao cuidado com o cidadão trabalhador como pessoa, como um fim em si mesmo, não como mais um elemento ou objeto para a produção de bens e riquezas.

Com base nisso, procura-se neste artigo compreender o trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar e como tem sido a proteção jurídica conferida pelo Estado legislador a esse tipo de atividade laboral, a fim de que o trabalhador do corte da cana tenha sua vida, dignidade, saúde e bem-estar preservados. Antes, porém, é necessário situá-lo juridicamente, abordar o processo de trabalho no corte manual da cana-de-açúcar e os possíveis danos à saúde decorrentes dessa atividade.

3 Corte manual de cana-de-açúcar: processo de trabalho, riscos e danos aos rurícolas

O cortador de cana-de-açúcar é geralmente empregado rural. A Lei nº 5.889/1973 (BRASIL, [2019b]) define *empregado rural* como a pessoa física que presta serviços em imóvel rural ou prédio rústico a um *empregador rural*, o qual é uma pessoa física ou jurídica a exercer alguma atividade agroeconômica. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem considerado empregado rural quem labora na produção agrária – no caso em estudo, no cultivo da cana-de-açúcar –, não na transformação dessa matéria-prima (BRASIL, 2017f).

A relação jurídica desses trabalhadores com os empregadores ocorre normalmente mediante

contrato de safra (ou seja, a prazo), em razão da sazonalidade da produção de cana-de-açúcar. A contratação pode ocorrer por prazo indeterminado. O vínculo de emprego, a prazo ou sem prazo, pode ser firmado com plantadores de cana-de-açúcar, com indústrias, agroindústrias, cooperativas, empreiteiros rurais, entre outros (ALESSI; NAVARRO, 1997, p. 118).

Há também a figura do “gato” ou “turmeiro”, compreendido como um arregimentador informal de mão de obra, geralmente utilizado para mascarar a relação empregatícia com o tomador dos serviços, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. O “gato” age como se fosse o empregador, mas não assume os riscos do negócio, não se preocupa com os encargos sociais, não dispõe de capital para custear a atividade econômica que desenvolve, sendo na realidade um preposto do real empregador (BRASIL, 2017e). Há ainda o contrato intermediado por empreiteiros de mão de obra, estabelecidos juridicamente na forma de empresas prestadoras de trabalho temporário (ALESSI; NAVARRO, 1997, p. 118).

Além da definição jurídica do trabalhador rural que atua no corte manual da cana, há que se destacar o seu perfil socioeconômico: são na maioria jovens do sexo masculino, dotados de maior força física, migrantes do norte de Minas Gerais e do Nordeste (Bahia, Maranhão, Piauí, Paraíba, Pernambuco), analfabetos ou com baixa escolaridade (ALVES, 2006, p. 91, 2008, p. 16). Melo (2013, p. 226-227) ressalta que “geralmente os cortadores de cana são trazidos de outras regiões do Estado e do país, carentes de recursos para manutenção das famílias”.

A escolha desses trabalhadores pelos tomadores de serviço comumente é realizada em seu local de origem pelos empreiteiros ou pelos “gatos”. Os critérios de seleção incluem avaliação da saúde por médicos empregados das usinas e uma análise “comportamental e moral que incluem a não participação em greves, a assiduidade ao

trabalho, a obediência às regras e à disciplina imposta nos canaviais”. Ao final da safra, os cortadores retornam às suas cidades de origem, para depois se submeterem a nova seleção para fins de contratação, ou permanecem na região do local de trabalho, exercendo outras atividades, como o plantio e os tratos culturais (SILVA, 2014, p. 282).

Alves (2008) afirma que um trabalhador corta em média 12 toneladas de cana por dia de trabalho. Acerca do processo ao qual os cortadores de cana estão submetidos, Laa (2010, p. 103-104) observou e expôs cada movimento corporal desses trabalhadores:

- a) Abraça de uma a três canas com a mão esquerda;
- b) Flexiona o tronco à frente;
- c) Com o facão seguro pela mão direita, corta a cana em sua parte baixa;
- d) Com o facão na mão direita, dá um ou mais golpes para cortar os colmos, rente ao solo;
- e) Levanta-se e, com a mão esquerda, inclina a cana, bem rente ao chão;
- f) Gira o corpo puxando a cana cortada pelo seu lado direito;
- g) Joga as canas cortadas com a mão esquerda na leira de cana, que fica sempre centrada em relação às 5 ruas, sendo o facão uma extensão do braço para suporte;
- h) Para realizar o desponte da cana, que acontece com ela já derrubada no monte, o cortador, com a coluna curvada, dá inúmeros golpes de facão;
- i) O cortador executa chutes nas pontas cortadas para terminar a limpeza do monte;
- j) Os montes devem ficar separados por um a dois metros de distância.

O estudo de Laa (2010, p. 103-104) evidenciou a intensidade desse trabalho, com base na análise da sobrecarga térmica e fisiológica. O

pesquisador apurou que, em uma jornada de trabalho, um dos trabalhadores pesquisados chegou a cortar 12.960 kg de cana; realizou, para isso, 3.498 golpes de facão e 3.080 flexões de coluna. Nessa pesquisa, demonstrou-se a penosidade do trabalho no corte manual de cana:

- 1) pelo trabalho intensificado [...] 2) pela ausência de pausas, presentes em apenas 6% do tempo trabalhado; 3) pelas exigências de força, de precisão e de uso de posturas extremas, que ocupara 94% do tempo total de trabalho; 4) pela ultrapassagem sistemática do limiar de risco cardiovascular; 5) pela extrapolação frequente do limite de sobrecarga térmica, sem adoção de medidas de repouso em sombra, recomendadas pela legislação; 6) pela associação perversa entre o aumento da produtividade estimulado pelo pagamento por produção e por outras estratégias gerenciais, como os sorteios aos “vencedores”, e o aumento da sobrecarga cardiovascular comprovada estatisticamente (LAA, 2010, p. 103-104).

No mesmo estudo foi possível obter com precisão, por meio do software Captiv L300, “a associação simultânea, sincronizada e em tempo real de outras variáveis como frequência cardíaca, calor, velocidade do ar, umidade relativa do ar e temperatura corporal” dos cortadores de cana durante o processo de trabalho (LAA, 2010, p. 81-84). Ao final da investigação, Laa (2010, p. 166) concluiu que os cortadores de cana poderiam ser equiparados a maratonistas esportivos, “em condições atmosféricas adversas”, mas sem os cuidados com a alimentação, descanso, hidratação, orientação e preparação que deveriam ter.

Durante uma jornada, os cortadores de cana praticamente não realizam pausas para alimentação, hidratação e descanso, em razão da meta diária fixada, que atualmente gira em torno de 12 toneladas, da pressão por produtividade realizada por fiscais ou devido ao

pagamento efetivado por produção e também associado à entrega de prêmios – obedece-se à lógica “quanto mais se corta, mais se ganha”, estimulando os cortadores a não realizarem as pausas necessárias pelo tempo adequado às necessidades físicas (GUANAIS, 2014, p. 307-308).

Além disso, os cortadores de cana são vulnerabilizados pela pobreza e por não saberem quanto valerá um dia de trabalho (FABRE, 2010, p. 109), o que os leva a querer alcançar o máximo de produtividade, ainda que seus limites fisiológicos sejam ultrapassados (CROWE; WESSELING; SOLANO; UMAÑA; RAMÍREZ; KJELLSTROM; MORALES; NILSSON, 2013, p. 1.158).

Todos esses fatores provocam doenças musculoesqueléticas, como as da coluna e as tendinites, em razão das flexões e dos movimentos repetitivos para o corte de cana, além de desidratação, estresse térmico, agravos cardiovasculares e mortes por exaustão (BARBOSA; TERRA-FILHO; ALBUQUERQUE; DI GIORGI; GRUPI; NEGRÃO; RONDON; MARTINEZ; MARCOURAKIS; SANTOS; BRAGA; ZANETTA; SANTOS, 2012).

Nesse trabalho penoso, a baixa atividade intelectual e cognitiva, a monotonia, a ignorância sobre o sentido do trabalho, a repetitividade de gestos, o salário por produção e prêmios e a aceleração do ritmo são uma violência contra o funcionamento mental (DEJOURS, 2015, p. 45-51). Há também, em razão da repetitividade das tarefas, uma “contaminação involuntária do tempo fora do trabalho”, como a despersonalização do trabalhador no meio social em que vive (DEJOURS, 2015, p. 57-59).

Os agravos à saúde decorrentes dessas condições são diversos, durante e após o período da safra: estresse mental, gastrite, hipertensão arterial, depressão, cansaço excessivo, ansiedade, irritabilidade excessiva, pensamento fixo,

dúvidas sobre si próprio, entre outros (PRIULI; MORAES; CHIARAVALLOTI, 2014). Muitos cortadores usam bebidas alcoólicas e/ou drogas como o crack e a maconha para entorpecer o corpo das dores causadas após o dia de trabalho, e há suspeitas de uso de drogas durante a jornada para aumentar o vigor físico necessário ao corte de cana (ZANCHETTA, 2007).

As pesquisas demonstram que o trabalho no corte de cana é realizado sob o sol e extremo calor (LAAT, 2010, p. 61). A pré-queima da cana para despalha eleva ainda mais essa temperatura (RIPOLI; RIPOLI, 2010, p. 272) e gera fuligem. Esse material particulado, por sua vez, contaminado com agrotóxicos (LE BLOND; WOSKIE; HORWELL; WILLIAMSON, 2017), é aerotransportado e inalado pelos rurícolas e moradores circunvizinhos dos canaviais (SILVA, 2014, p. 288-289).

Todas essas condições geram no trabalhador desidratação, lesões na retina e na córnea (BRASIL, 2017c), bem como estresse térmico, que gera câimbras, desmaios, insolação (REIS, 2014), tontura, confusão mental, convulsões, fadiga severa repentina, envelhecimento precoce, redução da vida útil e morte por exaustão (BITENCOURT; RUAS; MAIA, 2012, p. 73), também chamada de morte súbita ou *karoshi*. A fuligem gera naqueles que a inalam “problemas respiratórios, distúrbios cardiovasculares e até câncer” (SILVA, 2014, p. 288-289). Os agrotóxicos utilizados nas lavouras de cana são, direta ou indiretamente, ingeridos, inalados, absorvidos pela pele ou olhos dos rurícolas, causando efeitos agudos, como “neurotoxicidade, danos a tecidos e órgãos, irritações e queimaduras químicas”, e efeitos crônicos, a exemplo de consequências adversas no sistema reprodutivo e no desenvolvimento, doenças neurodegenerativas e maior incidência de determinados tipos de cânceres (FERREIRA; FERREIRA; CEGLIO, 2012, p. 154).

Investigações sobre uma epidemia de doenças renais que afetam os cortadores – geradas pelo excesso de calor, desidratação, toxicidade provocados pela queima da cana, associados ao trabalho penoso prolongado – estão em desenvolvimento na América Central (LAWS; BROOKS; AMADOR; WEINER; KAUFMAN; RAMÍREZ-RUBIO; RIEFKOHL; SCAMMELL; LÓPEZ-PILARTE; SÁNCHEZ; PARIKH; MCCLEAN, 2015; SANTOS; ZANETTA; TERRA-FILHO; BURDMANN, 2015).

O corte manual da cana-de-açúcar é atividade extremamente penosa e, como tal, requer proteção jurídica específica do Estado, a fim de promover aos cortadores condições dignas de vida, de modo que essa atividade não se traduza em um mal necessário à sobrevivência ou em uma forma de coisificação do ser humano.

4 Omissão estatal, propostas legislativas e o necessário conteúdo normativo da proteção ao trabalho penoso

É tarefa do Estado, em virtude dos deveres de proteção a ele atribuídos, a criação ou o aperfeiçoamento de leis ou atos normativos capazes de assegurar que o trabalho se desenvolva em ambiente saudável e seguro, garantindo vida, saúde, bem-estar e dignidade aos trabalhadores. Incumbe-lhe a tarefa de retirar quaisquer obstáculos à concretização do direito fundamental ao meio ambiente laboral saudável, relacionados tanto a condutas quanto a omissões de particulares ou do próprio Poder Público. Caso isso não ocorra, “o Estado-juiz poderá ser acionado para coibir ou corrigir eventuais violações” aos direitos de proteção e promoção da qualidade ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 282-284).

O legislador brasileiro produziu diversas normas constitucionais e infraconstitucionais no

intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana, o equilíbrio do meio ambiente do trabalho, a vida e a saúde dos trabalhadores, em harmonia com os princípios e com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Exemplo disso são as normas dos arts. 1º, III, 5º, *caput*, 225 c/c 170, VI, e 196 da CRFB (BRASIL, [2020a]) e as dispostas nas Normas Regulamentadoras (NRs) do extinto Ministério do Trabalho. No entanto, o Estado exime-se de legislar sobre a proteção ao trabalho penoso, sempre à margem de normas que tratam de modo específico sobre os direitos e deveres em relação a ele.

O trabalho penoso está presente tanto no meio urbano quanto no meio rural (MELO, 2013, p. 226-227). Podem ser citadas como exemplos de sua prática as atividades em lavouras (OLIVEIRA; GARCIA, 2016, p. 1.070), o trabalho em carvoarias, os transportes ferroviários de pessoas e de cargas, a prestação de serviços bancários (MARQUES, C., 2007, p. 64-65), as atividades dos garis ou coletores de lixo (TEIXEIRA, 2013, p. 213-218).

O trabalho em lavouras sempre foi exercido em condições difíceis e exaustivas, nas quais a jornada muitas vezes é determinada pelo nascer e pelo pôr do sol, como aponta Lima (1992, p. 15). Assim, algumas das atividades rurais têm sido consideradas penosas por natureza, como as que são desenvolvidas na agricultura canavieira, notadamente no corte da cana-de-açúcar.

O trabalho penoso, bem como o insalubre e o perigoso, pode ser identificado de maneira suficientemente forte e realística na expressão *trabalho perverso*, cunhada por Prunes (2000, p. 7). Ela retrata a extrema agressividade das condições laborais impostas aos trabalhadores, especialmente nos dois últimos séculos, que se caracterizam pela exposição humana a produtos químicos e a agentes físicos e biológicos desconhecidos ou reconhecidamente prejudiciais à saúde (PRUNES, 2000, p. 10).

A CRFB, em seu art. 7º, XXIII, faz uma simples menção ao trabalho penoso, sob o enfoque remuneratório, ao assegurar aos trabalhadores urbanos e rurais “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (BRASIL, [2020a]).

O tratamento das atividades insalubres e perigosas e os respectivos adicionais encontra-se definido e regulamentado nos arts. 189 a 197 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, [2019a]) e nas NRs 15 e 16 (BRASIL, [2019c], [2019d]). Todavia, com relação ao trabalho penoso, inexistente regulamentação e não há um entendimento pacífico acerca de seu conceito, sua natureza, tampouco do percentual e da base de aplicação do adicional mencionado no texto constitucional – em que pese a proposição de inúmeros projetos de lei com essa finalidade ao longo de mais de 30 anos (MARQUES, C., 2007, p. 62).

Alega-se que um dos motivos dessa omissão legislativa decorreria da dificuldade de conceituar e de classificar as atividades penosas ante o “elevado grau de subjetividade nos critérios definidores do trabalho com tal característica” (BRASIL, 2008). Oliveira (2011, p. 205-206) afirma que o termo *penoso* é abrangente, polissêmico e impreciso e que está submetido a uma interpretação subjetiva que prejudica a elaboração de uma definição juridicamente aplicável. É possível, porém, observar certo avanço no delineamento desse instituto em legislação estadual, na doutrina, na jurisprudência e nos projetos de lei apresentados por parlamentares.

O estado de Santa Catarina incluiu o conceito de trabalho penoso no art. 1º, § 1º, I, do Decreto nº 4.307/1994, que trata dos critérios para a concessão da Gratificação de Penosidade, de Insalubridade e de Risco de Vida aos servidores públicos estaduais. Essa norma apresenta a ideia de que essa espécie de atividade consiste em “trabalho árduo, difícil, molesto, trabalhoso,

incômodo, doloroso, rude e que exige a atenção constante e vigilância acima do comum” (SANTA CATARINA, 1994).

Segundo Marques, C. (2007, p. 64), trabalho penoso está

relacionado à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que levam o trabalhador ao exaurimento de suas energias, extinguindo-lhe o prazer entre a vida laboral e as atividades a serem executadas gerando sofrimento, que pode ser revelado pelos dois sintomas: insatisfação e a ansiedade.

De acordo com Melo (2013, p. 226-227), trabalho penoso é

o trabalho desgastante para a pessoa humana; é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador.

Por sua vez, Teixeira (2013, p. 193), em sua tese de doutoramento, conceituou trabalho penoso

como aquele que é exercido com exigência de esforço físico e/ou mental com níveis anormais de desgaste, que é passível de exaurir as forças físicas e mentais, causando opressão, sofrimento, dor, ansiedade, exasperação, desânimo, tanto pela sobrecarga física das tarefas quanto pelo ritmo intenso de sua execução, pelo trabalho em condições agressivas e/ou repugnantes, pela imutabilidade das tarefas e alienação do conteúdo do trabalho, circunstâncias presentes em situação-limite, não passíveis de controle e amenização, no atual estágio das tecnologias e recursos disponíveis.

Teixeira (2013, p. 194) também enfatiza que são inerentes à compreensão desse conceito a “organização do trabalho, a tarefa prescrita, os meios materiais e equipamentos, a forma de produção e de remuneração, os aspectos ambiental e temporal na execução da tarefa”. A pesquisadora explica que os níveis anormais de desgaste físico e mental dizem respeito à sobrecarga corpórea ou psíquica exigida no ambiente laboral que “excedem a capacidade de adaptação do trabalhador”.

A impossibilidade de controlar e de amenizar as situações-limite do trabalho penoso “no atual estágio das tecnologias e recursos disponíveis” relaciona-se ao fato de que a adequação desse trabalho para níveis saudáveis, “mesmo com a aquisição e utilização dos equipamentos mais modernos existentes”, implicaria “extinção de postos de trabalho”, como ocorre na mecanização do corte da cana-de-açúcar (TEIXEIRA, 2013, p. 194).

A pesquisa realizada por Verônica Guilherme Ancelmo de Oliveira e Eduardo Garcia Garcia em 573 acórdãos proferidos no período de 2011 a 2013 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (TRT15), com jurisdição no interior do estado de São Paulo – maior produtor nacional de cana-de-açúcar –, concluiu que é amplo o entendimento desse tribunal acerca do trabalho penoso. O TRT15 considera as “características inerentes às atividades desenvolvidas pelo trabalhador”, as “formas adotadas para a organização do trabalho que possam causar agravos à sua saúde física e mental”, bem como as “repercussões sociais e econômicas do trabalhador” (OLIVEIRA; GARCIA, 2016, p. 1.064).

O trabalho penoso, com base na visão do TRT15, relaciona-se à “prática de jornadas de trabalho extensas, bem como [à] realização de trabalhos fisicamente desgastantes ao trabalhador”, “atividades que exigiam sobrecarga de trabalho”, “execução de atividades em ambientes

ou condições inadequadas, sem o uso de equipamentos de proteção e sem a concessão de pausas para descanso” (OLIVEIRA; GARCIA, 2016, p. 1.071-1.072).

Outro resultado importante da investigação em questão foi a de que a maior parte dos acórdãos estudados “tratava de jornada de trabalho e era proveniente de empresas relacionadas ao trabalho rural”, entre as quais despontaram as atividades econômicas voltadas a lavouras de cana-de-açúcar e de laranja, e a indústrias sucroenergéticas (OLIVEIRA; GARCIA, 2016, p. 1.070).

No momento, entre outros projetos afetos ao trabalho penoso¹, encontram-se em tramitação: o Projeto de Lei (PL) nº 1.015, de 21/9/1988 (BRASIL, 1988), proposto pelo deputado Paulo Paim, que dispõe sobre o adicional de remuneração para atividades penosas; e o PL nº 9.341, de 13/12/2017 (BRASIL, 2017a), apresentado pelo deputado Chico Lopes, que visa alterar a CLT a fim de definir trabalho penoso e o percentual devido a título do adicional respectivo.

Define o PL nº 1.015/1988 que:

Serão consideradas atividades penosas aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exijam dos empregados esforço e condicionamento físicos, concentração excessiva, atenção permanente, isolamento e imutabilidade da tarefa desempenhada em níveis acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do trabalho a que estão submetidos (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o PL nº 9.341/2017 propõe o acréscimo do art. 196-A na CLT para definir como trabalho penoso as atividades ou operações “que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, submetem o trabalhador

¹ Projetos de Lei nºs 339/1991, 29/1991, 39/1991, 966/1991, 5.290/2001, 4.243/2008 e 774/2011.

à fadiga física, mental, emocional ou psicológica” (BRASIL, 2017a). O § 1º desse dispositivo prevê o pagamento do adicional de penosidade e a possibilidade de cumulação simultânea com o adicional de insalubridade e de periculosidade – atualmente vedado no sistema jurídico pátrio. O § 2º do artigo apresenta um rol exemplificativo das condições de trabalho que podem caracterizar a atividade laboral como penosa e permite o reconhecimento pelo Ministério do Trabalho de outras atividades que possam ser assim classificadas. Nesse rol destacam-se as características aplicáveis ao trabalho no corte manual da cana-de-açúcar:

Art. 196-A – [...]

Parágrafo 2º – Serão consideradas atividades penosas, sem exclusão de outras que venham a serem determinadas pelo Ministério do Trabalho, as atividades que exijam:

I – Esforço físico intenso no levantamento, transporte, movimentação, carga e descarga de objetos, materiais, produtos e peças;

II – Postura incômoda, fatigante ou viciosa do organismo, em relação a condições normais;

III – Esforços repetitivos;

[...]

V – Utilização de equipamentos de proteção individual que impeçam o pleno exercício de funções fisiológicas, como tato, audição, respiração, visão, atenção, que leve à sobrecarga física e mental;

VI – Excessiva atenção ou concentração;

[...]

XIV – Serviços realizados em condições excepcionais relativamente ao local do trabalho, horário e exposição às intempéries;

XV – Serviços realizados em ambientes desconfortáveis pela existência anormal de condições de luz, temperatura, umidade, ruído, vibração mecânica ou radiação ionizante (BRASIL, 2017a).

Embora o PL nº 9.341/2017 apresente uma lista maior e mais detalhada de elementos que podem caracterizar o trabalho penoso e permita a cumulação de adicionais de remuneração, sequer menciona a necessidade de fixação de um limite de tolerância para o exercício dessas ocupações, como o faz o PL nº 1.015/1988, cujo art. 3º estabelecia que a fixação de tais limites era dever do então Ministério do Trabalho – que, depois de extinto, teve suas atribuições integradas ao Ministério da Economia.

Os dois projetos de lei, assim como as demais propostas legislativas apensadas a eles, priorizam a fixação do adicional de penosidade em contraponto ao que realmente importa para a eliminação ou a redução da

penosidade, que é a adaptação da atividade laboral aos trabalhadores por meio de medidas organizacionais, como a redução da jornada e das metas estabelecidas pela gerência, de análises ergonômicas e inovações tecnológicas que adequem as condições de trabalho às capacidades psicofisiológicas do trabalhador.

O adicional de penosidade também depende de regulamentação. Oliveira (2011, p. 209-210) alerta para o problema de tal suplemento salarial se tornar um “permissivo para a continuidade” do trabalho penoso e assevera que o “melhor caminho [...] não é a instituição de adicionais para indenizar o desgaste acelerado”. Segundo o doutrinador, em lugar disso, deve-se buscar a eliminação ou redução dos riscos inerentes ao trabalho, “respeitando a dignidade do trabalhador”, bem como a concessão de mais repouso ou jornada reduzida, com a finalidade de “permitir mais tempo para a recuperação do trabalhador”.

Melo (2013, p. 229), por sua vez, considera que a prioridade do empregador deve ser a eliminação da penosidade ou, caso não seja possível, ao menos sua redução. Para o jurista, o “pagamento é uma mera compensação ao trabalhador pelo desgaste sofrido, servindo de punição para o empregador, uma vez que o trabalho penoso não é proibido”.

O fato de o trabalho penoso ser permitido e de haver previsão constitucional para o respectivo adicional de remuneração não desobriga o empregador de respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (MARQUES, C., 2007, p. 181), ao princípio do valor social do trabalho e aos princípios de Direito Ambiental como os da prevenção, da sustentabilidade e da função socioambiental da propriedade. Ademais, não deve “eximir o empregador das responsabilidades decorrentes da exploração da mão de obra em tais circunstâncias”, visto que tal ação pode provocar o adoecimento e, muitas vezes, a morte dos trabalhadores (TEIXEIRA, 2013, p. 195).

Portanto, não se deve priorizar ou até mesmo instituir o adicional de penosidade, pois ele tem estimulado a manutenção do trabalho em condições perversas, como ocorre com a insalubridade e a periculosidade, o que não será diferente quanto à penosidade. Os adicionais representam a monetização dos riscos e impedem o alcance do equilíbrio labor-ambiental por meio da prevenção e precaução (PADILHA, 2013, p. 181), seja porque o trabalhador compreende o adicional como uma forma de aumentar sua renda, seja porque o empregador, consciente ou não, ao indenizar ou compensar os riscos pelas condições perversas às quais submete o empregado, se consideraria isento de tomar medidas preventivas eficazes à sua eliminação e, em último caso, redução.

A penosidade do trabalho no corte manual da cana-de-açúcar tem sido reconhecida pelo TST (BRASIL, 2017d) e por outros tribunais regionais como o TRT19, em Alagoas (BRASIL, 2013), estado com tradição no cultivo da planta, e o TRT23, em Mato Grosso, onde também há lavouras de cana (BRASIL, 2020b).

Especificamente sobre esse tipo de atividade laboral, tramitou no Senado o PL nº 226, de 2007 (BRASIL, 2007)², de autoria de Paulo Paim. A proposição visava à alteração da Lei nº 5.889/1973 para que, entre outros objetivos, houvesse a presunção de que o labor no corte manual de cana é trabalho penoso, a limitação da jornada do cortador de cana em 40 horas semanais, bem como a concessão de adicional de penosidade e de participação nos lucros. O PL também propunha a alteração da Lei nº 8.213/1991 para presumir como penosa, insalubre e perigosa a atividade do corte manual da cana-de-açúcar, assegurando aos trabalhadores o direito à aposentadoria especial após 25 anos de trabalho, contínuos ou intermitentes. O senador firmou a proposta legislativa no fato de que essa atividade laboral é naturalmente exaustiva e desgastante (MELO, 2013, p. 226-227).

Esse PL, embora signifique avanços, é uma tímida iniciativa do Poder Legislativo em relação à proteção jurídica do trabalho penoso exercido pelos cortadores de cana, pois, além de propor limitação de jornada, aposentadoria especial e remuneração maior a quem labuta no corte manual da cana, deveria propor a vedação da adoção do pagamento por produção nessa atividade e fixar as pausas necessárias à recuperação psicofísica dos rurícolas.

Acerca do pagamento por produção, a despeito do genérico permissivo legal do art. 78

²Essa proposição legislativa foi arquivada definitivamente em 26/12/2018.

da CLT (BRASIL, [2019a]) e da omissão da legislação trabalhista rural, o Estado-juiz tem acenado no sentido de declarar, em sede de Ações Cíveis Públicas (ACPs)³ – à luz de princípios constitucionais, de direitos fundamentais e da NR-17 (BRASIL, [2018a]) –, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da adoção do pagamento por produção em atividades rurais penosas como a dos cortadores de cana-de-açúcar ante sua prejudicialidade à saúde, à vida e ao bem-estar dos rurícolas.

Não obstante, decisões nesse sentido poderão ser questionadas à luz do § 2º do art. 8º incluído na CLT pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017b)), que determina que “[s]úmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

De qualquer modo, para a atividade do corte manual de cana-de-açúcar e para outras atividades laborais penosas, deve-se adotar um sistema remuneratório que leve em conta a saúde do trabalhador – e compatível financeiramente

³Algumas ACPs têm sido ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) com o objetivo de condenar as usinas a se absterem de remunerar os cortadores de cana-de-açúcar por produção. A Vara do Trabalho de Matão-SP e o TRT15, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, nos direitos fundamentais e na NR-17, julgaram procedente o pedido formulado pelo MPT visando a esse fim na ACP nº 0001117-52.2011.5.15.0081 (BRASIL, 2012). O MPT, Procuradoria de Rondonópolis-MT, também ingressou com ACP nº 0000490-46.2017.5.23.0071 (BRASIL, 2020b) com esse mesmo objetivo; ela foi julgada procedente quanto ao pedido para que os cortadores de cana não fossem remunerados pelo sistema de pagamento por produção. Contudo, o Recurso Ordinário formulado pela empresa empregadora foi conhecido e provido, cassando a decisão *a quo*, sob o argumento de violação aos princípios da legalidade, já que esse tipo de remuneração é permitido por lei e de que vedar a sua adoção afrontaria o princípio da livre iniciativa. O MPT interpôs Recurso de Revista no TST e o feito está em andamento. (As consultas sobre os andamentos desses feitos foram realizadas nos sites dos referidos Tribunais na data de 16/6/2020).

com o esforço e desgaste despendidos – assim como a concessão de pausas em quantidade e tempo suficientes para o descanso e recuperação fisiológica, sem prejuízo das demais medidas de prevenção cabíveis. Algumas dessas medidas estão previstas nas NRs nº 15, Anexo III, nº 17 e nº 31 (BRASIL, [2019c], [2018a], [2018b]), que, embora não sejam destinadas especificamente ao labor no corte manual da cana, têm sido aplicadas por analogia pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo TST.

Pesquisas indicam que a transformação da organização do trabalho no corte manual da cana-de-açúcar é capaz de reduzir a penosidade do labor e os danos à vida e à saúde dos rurícolas, sem prejuízos à produtividade. Para isso, são necessárias medidas como: a implementação de equipamentos de proteção individual e de instrumentos de trabalho ergonômicos, a exemplo dos facões australianos⁴; acompanhamento médico com monitoramento de controle das sobrecargas fisiológica e térmica dos cortadores de cana; facilitação do acesso à água gelada e potável, como a disponibilização de mochilas de hidratação (*camelbacks*); e concessão de pausas para descanso à sombra, com a devida fiscalização, pelo empregador, de sua realização (BODIN; GARCÍA-TRABANINO; WEISS; JARQUÍN; GLASER; JAKOBSSON; LUCAS; WESSELING; HOGSTEDT; WEGMAN, 2016).

O legislador, portanto, deve instituir norma que atribua aos empregadores rurais que se utilizem do corte manual da cana a responsabilidade específica de implementar no meio ambiente laboral medidas preventivas como as mencionadas, pois há comprovação científica de que elas melhoram as condições de trabalho, vida e saúde dos rurícolas e é do empregador

⁴ Os facões australianos foram utilizados pelos rurícolas para o corte da cana durante a primeira fase da mencionada pesquisa. Importados da Austrália pelo grupo pesquisador, esses instrumentos de trabalho são mais leves e ergonômicos.

a responsabilidade de gerir o ambiente laboral equilibrado para a saúde e o bem-estar daqueles que ali trabalham.

Essas são algumas medidas que podem transformar o meio ambiente do trabalho dos cortadores de cana, para que o trabalho não tenha o caráter de castigo ou de simples reprodução material da vida biológica, mas de mediador da “realização do humano e desenvolvimento de sua individualidade e convivialidade”, como condição e manifestação incontornável da dignidade humana (WANDELLI, 2012, p. 42).

Observa-se, desse modo, que há dados suficientes para embasar uma legislação específica para a proteção do trabalho penoso, inclusive com regras particularizadas quanto ao corte manual da cana-de-açúcar. As fontes discutidas neste artigo, assim como outras pertinentes ao tema e de natureza científica, precisam ser consultadas e observadas pelo legislador brasileiro, já que expõem resultados de pesquisas desenvolvidas no Brasil e no mundo, bem como de casos analisados com rigor técnico e jurídico pela Justiça do Trabalho, evidenciando a necessidade de mudança na organização do trabalho canavieiro para a promoção da vida, saúde, bem-estar e dignidade dos cortadores manuais de cana.

Ao Estado legislador cabe agora conferir especial cuidado e celeridade na discussão e aprovação de uma lei que regulamente esse tipo de labor, com fixação de sanções adequadas àqueles que a descumprirem e mediante investimentos financeiros em mecanismos governamentais capazes de monitorar o efetivo cumprimento da norma.

De qualquer modo, importa lembrar que, no intuito de amenizar essa situação enquanto o Poder Legislativo permanecer inerte, também pode ser utilizado, notadamente pelos sindicatos, o mandado de injunção previsto no inciso LXXI do art. 5º da CRFB (BRASIL, [2020a]) – instru-

mento cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Esse mecanismo estende-se a qualquer direito constitucional. Sobre o meio ambiente do trabalho, Melo (2013, p. 185) vislumbra pertinente e necessário o uso desse remédio constitucional nas relações laborais para que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam efetivamente implementados, como é o caso da proteção ao obreiro em trabalho penoso. Podem impetrá-lo os cidadãos, os sindicatos, o MPT, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as entidades de classe ou associação legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, sempre em defesa dos interesses de seus membros ou associados (arts. 5º, LXX, b, e 8º, III, da CRFB (BRASIL, [2020a]) e art. 83, X, da Lei Complementar nº 75/1993 (BRASIL, [2003])).

A ausência de legislação específica destinada à proteção do trabalho penoso, além de inconstitucional, é danosa aos cortadores de cana-de-açúcar (LOBO, 2014, p. 129). Assim como outros trabalhadores que atuam em demais atividades penosas, eles são merecedores de proteção jurídica específica, como ocorre nos casos de trabalho perigoso e insalubre já regulamentados.

5 Conclusão

O trabalho humano deve ser vivenciado não como castigo ou mal necessário para a subsistência, mas como o que realmente efetiva o potencial construtivo para a saúde física, mental e social e para a autonomia e reconhecimento dos trabalhadores, notadamente os que atuam no corte manual da cana-de-açúcar. O trabalho humano deve ser valorizado e a dignidade dos trabalhadores – dentre eles, os cortadores de cana – deve ser preservada, em detrimento de quaisquer interesses da ordem econômica.

Assim, o adoecimento e a morte dos cortadores manuais de cana-de-açúcar, gerados pelo processo e pelo meio ambiente de trabalho em que estes atuam, devem ser impedidos pelos empregadores canavieiros e, entre outros, pelo Estado brasileiro. Uma das medidas a serem tomadas pelo Estado é a elaboração de uma lei específica que proteja os cortadores de cana-de-açúcar.

O Estado legislador deve regulamentar o trabalho penoso – conceituando-o, fixando-lhe os limites de sua tolerância pelo ser humano trabalhador, reduzindo a jornada de trabalho para esse tipo de labor –, assim como organizar o processo produtivo de forma que efetivamente o elimine; ou, não sendo isso possível, diminua os riscos e danos gerados

pelas atividades penosas. Não se deve priorizar, ou até mesmo instituir, o adicional de penosidade, ineficaz para a eliminação ou redução dos riscos, pois na verdade os monetiza.

Especificamente sobre o corte manual da cana-de-açúcar, é imperiosa a produção de uma legislação que leve em consideração todo o conhecimento científico e jurídico disponível relativo à prevenção dos danos gerados por essa atividade. Destaca-se como medida prioritária a ser positivada a vedação da adoção do pagamento por produção, sem prejuízo das demais medidas preventivas mencionadas neste artigo.

Sobre as autoras

Dulcely Silva Franco é mestra em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; professora substituta do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso, Diamantino, MT, Brasil.
E-mail: dujustica@gmail.com

Carla Reita Faria Leal é doutora e mestra em Direito das Relações Sociais, subárea Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora de Direito associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil; juíza aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, Cuiabá, MT, Brasil.
E-mail: crfleal@terra.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

FRANCO, Dulcely Silva; LEAL, Carla Reita Faria. A necessária proteção jurídica aos trabalhadores que exercem trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 111-131, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p111

(APA)

Franco, D. S., & Leal, C. R. F. (2021). A necessária proteção jurídica aos trabalhadores que exercem trabalho penoso no corte manual da cana-de-açúcar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 111-131. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p111

Referências

ALESSI, Neiry Primo; NAVARRO, Vera Lucia. Saúde e trabalho rural: o caso dos trabalhadores da cultura canavieira na região de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde*

Pública, Rio de Janeiro, v. 13, p. 111-121, 1997. Supl. 2. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X1997000600010>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1997000600010&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 24 set. 2020.

ALVES, Francisco. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e Sociedade*, [São Paulo], v. 15, n. 3, p. 90-98, set./dez. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902006000300008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v15n3/08.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Processo de trabalho e danos à saúde dos cortadores de cana. *InterfacEHS: Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, [São Paulo], v. 3, n. 2, p. 1-26, abr./ago. 2008. Disponível em: <https://goo.gl/g6shGi>. Acesso em: 24 set. 2020.

BARBOSA, Cristiane Maria Galvão; TERRA-FILHO, Mário; ALBUQUERQUE, André Luis Pereira de; DI GIORGI, Dante; GRUPI, Cesar; NEGRÃO, Carlos Eduardo; RONDON, Maria Urbana Pinto Brandão; MARTINEZ, Daniel Godoy; MARCOURAKIS, Tânia; SANTOS, Fabiana Almeida dos; BRAGA, Alféio Luís Ferreira; ZANETTA, Dirce Maria Trevisan; SANTOS, Ubiratan de Paula. Burnt sugarcane harvesting: cardiovascular effects on a group of healthy workers, Brazil. *Plos One*, [San Francisco], v. 7, n. 9, e46142, p. 1-10, Sept. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0046142>. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0046142>. Acesso em: 24 set. 2020.

BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. Tradução de Luis Washington Vita e Antonio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958. (Coleção Direito e Cultura, 7).

BITENCOURT, Daniel Pires; RUAS, Álvaro César; MAIA, Paulo Alves. Análise da contribuição das variáveis meteorológicas no estresse térmico associada à morte de cortadores de cana-de-açúcar. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 65-74, jan. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2012000100007>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2012000100007&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 24 set. 2020.

BODIN, T.; GARCÍA-TRABANINO, R.; WEISS, I.; JARQUÍN, E.; GLASER, J.; JAKOBSSON, K.; LUCAS, R. A. I.; WESSELING, C.; HOGSTEDT, C.; WEGMAN, D. H. Intervention to reduce heat stress and improve efficiency among sugarcane workers in El Salvador: phase 1. *Occupational & Environmental Medicine*, [s. l.], v. 73, n. 6, p. 409-416, 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.1136/oemed-2016-103555>. Disponível em: <https://oem.bmj.com/content/73/6/409>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.015, de 1988*. Dispõe sobre o adicional de remuneração para as atividades penosas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16143>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.243, de 2008*. Acrescenta dispositivos à CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre atividades penosas, adicional de penosidade e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414728>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.341, de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de definir “Trabalho Penoso” e aplicar o percentual devido. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166178>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da

República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973*. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 15 (NR-15)*. Atividades e operações insalubres. [Brasília, DF]: SIT, [2019c]. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-15?view=default>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 16 (NR-16)*. Atividades e operações perigosas. [Brasília, DF]: SIT, [2019d]. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-16>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 17 (NR-17)*. Ergonomia. [Brasília, DF]: SIT, [2018a]. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-17>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 31 (NR-31)*. Segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura. [Brasília, DF]: SIT, [2018b]. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-31?view=default>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 226, de 2007*. Altera a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências, para dispor sobre a jornada de trabalho, seguro de vida e participação dos lucros dos canavieiros, e acrescenta disposição à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para presumir como penosa a atividade de corte de cana-de-açúcar. Brasília, DF: Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80831>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2. Câmara. 1. Turma). *Recurso Ordinário nº 0010640-67.2017.5.15.0117*. Recorrentes: Jose Maria Rodrigues; Biosev Bioenergia S.A. Recorridos: Jose Maria Rodrigues; Biosev Bioenergia S.A. Relator: Des. Wilton Borba Canicoba, 12 de setembro de 2017c. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:MW2QvHRgI28J:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/17290738+0010640-67.2017.5.15.0117&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (5. Câmara. 3. Turma). *Recurso Ordinário nº 0012188-74.2016.5.15.0146*. Recorrente: Francivan Gonçalves de Lima. Recorrido: Biosev Bioenergia S.A. Relator: Des. Lorival Ferreira dos Santos, 29 de agosto de 2017d. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:JrWdKUZEPCJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/17370929+0012188-74.2016.5.15.0146&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (7. Câmara. 4. Turma). *Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo nº 0010587-45.2016.5.15.0142*. Recorrentes: Marcos Rogerio Machado Junior; Usina Santa Adelia S.A. Recorridos: Marcos Rogerio Machado Junior; Usina

Santa Adelia S.A.; Luis Otavio Rangel; Albino Angelo Penariol; Jose Roberto Sampaio; Paulo Eduardo Buzinaro; Celso Eduardo Cestari. Relatora: Juíza Daniela Macia Ferraz Giannini, 14 de fevereiro de 2017e. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:Ldk_VG5iNNsJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/11269147+0010587-45.2016.5.15.0142&site=juris&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Vara do Trabalho de Matão. *Ação Civil Pública nº 0001117-52.2011.5.15.0081*. Autor: Ministério Público do Trabalho. Ré: Usina Santa Fé S.A. Relator: Juiz Renato da Fonseca Janon, 24 de outubro de 2012. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/MAT/docs/000111752.2011.5.15.0081i53759.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (1. Turma). *Recurso Ordinário nº 0000270-46.2013.5.19.0056*. Recurso obreiro. Dano moral. Configurado. Doença ocupacional. Equiparação ao acidente de trabalho. Restou evidenciado nos autos que a patologia adquirida pelo reclamante teve como fator determinante as atribuições por ele exercidas na empresa [...]. Recorrente: Amaro Martins Alves. Recorrida: Central Açucareira Santo Antonio S.A. Relator: Des. Antônio Catão, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.trt19.jus.br/consultaProcessual/docs/apresentaRelatorioAcordao/270/2013/56/69/1>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (1. Turma). *Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000490-46.2017.5.23.0071*. Recorrente: Porto Seguro Negócios, Empreendimentos e Participações S.A. Recorrido: Ministério Público da União. Relatora: Juíza Rosana Maria de Barros Caldas, 16 de maio de 2020b. Disponível em: <https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000490-46.2017.5.23.0071>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 24432-43.2015.5.24.0106*. Agravo de instrumento. Rurícola. Enquadramento sindical. Empresa agroindustrial. Horas *in itinere*. Transporte intermunicipal. Adicional noturno. Não há como reformar a decisão regional, quando não realizado o devido confronto analítico entre a tese transcrita nas razões recursais e as alegações da recorrente [...]. Agravante: Nova América Agrícola Caarapó Ltda. Agravado: Alziro Almeida da Silva. Relatora: Des. convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 6 de dezembro de 2017f. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt&numeroTst=24432&digitoTst=43&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=24&varaTst=0106&submit=Consultar>. Acesso em: 29 set. 2020.

CROWE, Jennifer; WESSELING, Catharina; SOLANO, Bryan Román; UMAÑA, Manfred Pinto; RAMÍREZ, Andrés Robles; KJELLSTROM, Tord; MORALES, David; NILSSON, Maria. Heat exposure in sugarcane harvesters in Costa Rica. *American Journal of Industrial Medicine*, [s. l.], v. 56, n. 10, p. 1.157-1.164, Oct. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1002/ajim.22204>.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

_____. “Trabalhar” não é “derrogar”. Tradução de Andreia Ferreira e João Viana Jorge. *Laboreal*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 76-80, jul. 2011. Disponível em: <http://laboreal.up.pt/pt/articles/trabalhar-nao-e-derrogar/>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Trabalho vivo: trabalho e emancipação*. Tradução de Franck Soudant. Brasília, DF: Paralelo 15, 2012. t. 2.

FABRE, Luiz Carlos Michele. Pagamento por tonelada: a ilicitude do sistema remuneratório dos cortadores de cana-de-açúcar. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, DF, ano 10, n. 39, p. 106-123, mar. 2010. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/attachments/article/2704/MPT%2039.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

FERREIRA, Jovino dos Santos; FERREIRA, Vera Lúcia Paes Cavalcanti; CEGLIO, William Queiroz Guimarães Wiegandt. A saúde e os agrotóxicos: pacientes com neoplasias hematológicas e exposição a agrotóxicos: análise em um hospital universitário. In: ARAGÃO,

Maria Alexandra de Sousa; LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Jovino dos Santos; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (org.). *Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos*. Florianópolis: Funjab, 2012. p. 147-188.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUANAIS, Juliana Biondi. Quanto mais se corta, mais se ganha: uma análise sobre a funcionalidade do salário por produção para a agroindústria canavieira. In: ANTUNES, Ricardo (org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 305-323. (Coleção Mundo do Trabalho).

LAAT, Erivelton Fontana de. *Trabalho e risco no corte manual de cana-de-açúcar: a maratona perigosa nos canaviais*. 2010. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Faculdade de Engenharia, Arquitetura e Urbanismo, Universidade Metodista de Piracicaba, Santa Bárbara d'Oeste, 2010. Disponível em: http://iepapp.unimep.br/biblioteca_digital/visualiza.php?cod=ODM5. Acesso em: 25 set. 2020.

LAWS, Rebecca L.; BROOKS, Daniel R.; AMADOR, Juan José; WEINER, Daniel E.; KAUFMAN, James S.; RAMÍREZ-RUBIO, Oriana; RIEFKOHL, Alejandro; SCAMMELL, Madeleine K.; LÓPEZ-PILARTE, Damaris; SÁNCHEZ, José Marcel; PARIKH, Chirag R.; MCCLEAN, Michael D. Changes in kidney function among Nicaraguan sugarcane workers. *International Journal of Occupational and Environmental Health*, [s. l.], v. 21, n. 3, p. 241-250, Jan. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1179/2049396714Y.0000000102>.

LE BLOND, Jennifer S.; WOSKIE, Susan; HORWELL, Claire J.; WILLIAMSON, Ben J. Particulate matter produced during commercial sugarcane harvesting and processing: a respiratory health hazard? *Atmospheric Environment*, [s. l.], v. 149, p. 34-46, Jan. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.atmosenv.2016.11.012>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1352231016308858?via%3Dihub>. Acesso em: 25 set. 2020.

LIMA, Rusinete Dantas de. *O trabalho rural no Brasil*. São Paulo: LTr, 1992.

LOBO, Bárbara Natália Lages. Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: o fenômeno da “constitucionalização” e seus reflexos no direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 59, n. 90, p. 115-135, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/revista-90>. Acesso em: 25 set. 2020.

MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. São Paulo: LTr, 2007.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho: na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011. v. 1. (Coleção Marx & Engels).

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: OHCHR, 1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Verônica Guilherme Ancelmo de; GARCIA, Eduardo Garcia. O trabalho penoso sob a ótica do judiciário trabalhista de São Paulo. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 4, p. 1.064-1.074, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0104-12902016157993>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902016000401064&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 25 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá: CIDH, 1948.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)*. [S. l.]: OIT, [20--]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 79, n. 4, p. 173-182, out./dez. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/55993>. Acesso em: 25 set. 2020.

PRIULI, Roseana Mara Aredes; MORAES, Maria Silvia de; CHIARAVALLI, Rafael Morais. Impacto do estresse na saúde dos cortadores de cana. *Revista de Saúde Pública*, [São Paulo], v. 48, n. 2, p. 225-231, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048004798>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0034-89102014000200225&lng=en&nrm=isso&tlng=pt. Acesso em: 25 set. 2020.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho perverso: insalubridade, periculosidade e penosidade no direito brasileiro do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000. v. 1.

REIS, Felipe Rovere Diniz. Avaliação e controle do risco de estresse térmico dos trabalhadores no corte manual de cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, [Campinas], v. 12, n. 2, p. 73-78, 2014. Disponível em: <http://www.rbmt.org.br/details/51/pt-BR>. Acesso em: 25 set. 2020.

RIPOLI, Tomaz Caetano Cannavam; RIPOLI, Marco Lorenzo Cunali. Sistemas de colheita de colmos. In: SANTOS, Fernando; BORÉM, Aluizio; CALDAS, Celso (ed.). *Cana-de-açúcar: bioenergia, açúcar e álcool: tecnologias e perspectivas*. Viçosa: Suprema, 2010. p. 271-312.

SANTA CATARINA. *Decreto nº 4.307, de 28 de fevereiro de 1994*. Dispõe sobre os critérios para a concessão da Gratificação de Penosidade, Insalubridade e Risco de Vida. Florianópolis: [Portal do Servidor], 1994. Disponível em: http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/ckfinder/userfiles/arquivos/Legislacao%20Correlata/Decretos/1994_-_Decreto_N_4307__de_28_de_fevereiro_de_1994.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

SANTOS, Ubiratan Paula; ZANETTA, Dirce Maria T.; TERRA-FILHO, Mário; BURDMANN, Emmanuel A. Burnt sugarcane harvesting is associated with acute renal dysfunction. *Kidney International*, [s. l.], v. 87, n. 4, p. 792-799, Apr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1038/ki.2014.306>. Disponível em: [https://www.kidney-international.org/article/S0085-2538\(15\)30198-8/fulltext](https://www.kidney-international.org/article/S0085-2538(15)30198-8/fulltext). Acesso em: 25 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Maria Aparecida de Moraes. A nova morfologia do trabalho nos canaviais paulistas. In: ANTUNES, Ricardo (org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 279-299. (Coleção Mundo do Trabalho).

TEIXEIRA, Márcia Cunha. *Trabalho penoso: da aplicação dos princípios ambientais para a reparação social dos danos*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25112016-103026/pt-br.php>. Acesso em: 25 set. 2020.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

ZANCHETTA, Diego. Droga urbana, crack chega aos canaviais de São Paulo. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 14 out. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1410200716.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

Democracia defensiva

Origens, conceito e aplicação prática

TARSILA RIBEIRO MARQUES FERNANDES

Resumo: Este artigo explica a democracia defensiva, também denominada *democracia de resistência*. Após analisar as suas origens na teoria da democracia militante de Karl Loewenstein, será realizada uma diferenciação entre as duas teorias. Serão apresentados as bases teóricas e o contexto em que a democracia defensiva é aplicada, com o objetivo de entender a sua importância para a salvaguarda da democracia brasileira. Casos concretos em que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário aplicaram a teoria da democracia defensiva também serão apresentados. Dessa forma, será possível perceber que, mesmo pouco difundida e estudada, a democracia defensiva já é objeto de aplicação prática no Brasil.

Palavras-chave: Democracia defensiva. Democracia militante. Paradoxo da tolerância. Autoritarismo. Crise.

Defensive democracy: origins, concept, and application

Abstract: This article explains what defensive democracy, also called resistance democracy, is. After analyzing its origins in Karl Loewenstein's theory of militant democracy, differentiation will be made between these two theories. The theoretical bases and the context in which defensive democracy is applied will be explained in order to understand the importance of this theory for safeguarding Brazilian democracy. Concrete cases in which both the Legislative and the Judiciary branches have used the theory of defensive democracy will also be presented. Hence, it will be possible to conclude that, although little disseminated, defensive democracy is already being applied in Brazil.

Keywords: Defensive democracy. Militant democracy. Paradox of tolerance. Authoritarianism. Crisis.

Recebido em 17/8/20

Aprovado em 18/9/20

1 Introdução

A pandemia da Covid-19 colocou definitivamente em pauta no Brasil um tema que nos últimos anos já vinha ganhando força: a democracia defensiva. Escassos são os debates e as publicações sobre esse tópico de tão grande relevância. Entender o que significa democracia defensiva, também denominada *democracia de resistência*, é essencial para compreender o momento de tensão pelo qual as instituições brasileiras estão passando e, sobretudo, para ter consciência de como esse instituto pode vir a salvar o regime democrático brasileiro.

Apesar de pouco conhecida no Brasil, a racionalidade por trás da teoria da democracia defensiva é objeto de discussões no mundo pelo menos desde 1937, quando Karl Loewenstein publicou o artigo científico “Militant Democracy and Fundamental Rights” – em tradução livre: “Democracia de militância e direitos fundamentais” (LOEWENSTEIN, 1937).

A democracia defensiva encontra suas origens na democracia de militância, razão pela qual é necessário investigar como esta última teoria surgiu no Direito Comparado e como tem evoluído até os dias atuais. Após compreender como foi desenvolvido, será possível explicar o tema da democracia defensiva e a sua importância para o momento atual. Assim, as bases teóricas e o contexto em que a democracia defensiva é aplicada serão explicitados.

Com o arsenal teórico em torno da democracia defensiva assentado, será analisada a aplicação prática desse instituto no momento de crise que o Brasil está vivenciando. Dessa forma, serão demonstrados casos recentes em que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário tiveram uma atuação firme em prol da democracia defensiva.

Será possível perceber que a democracia defensiva, apesar de pouco debatida no Brasil, já tem sido objeto de aplicação efetiva por instituições brasileiras, de forma a garantir o regular funcionamento dos Poderes constituídos e a normalidade do regime democrático.

2 Teoria da democracia de militância

É na democracia de militância que se podem encontrar as origens teóricas da democracia defensiva. O grande expoente da teoria da democracia de militância foi o constitucionalista alemão Loewenstein (1937), o qual defendia que não deveriam sequer participar da competição política os partidos políticos que não se coadunassem com o regime democrático.

Merece especial atenção o contexto em que essa teoria da democracia de militância foi desenvolvida, isto é, por um autor alemão, quando da

ascensão do regime nazista. A preocupação de Loewenstein à época – hoje se percebe que ela se mostrou extremamente pertinente – era de que a participação de partidos políticos com evidentes características totalitárias poderia levar à derrocada do próprio regime democrático.

Nesse ponto, vale salientar que Adolf Hitler não alcançou o poder em virtude de um golpe de Estado ou de maneira violenta, mas por meio do Partido Nacional-Socialista; ele participou da disputa democrática, alçado ao cargo de líder (*führer*) com o apoio majoritário da população alemã. Contudo, deve-se reconhecer que, desde o início de sua campanha eleitoral, Hitler já expunha ideias totalitárias e dava sinais de que não respeitaria as regras democráticas. Por esse motivo, Loewenstein defendia que o partido nazista não poderia sequer participar do processo democrático.

As premissas da democracia militante, portanto, eram a de que o regime democrático deveria contar com mecanismos (ainda que antidemocráticos) para evitar que agentes políticos com ideais totalitários de poder, tais como Hitler, utilizassem instrumentos democráticos para chegar ao poder. Assim, deveriam ser criados meios para que a democracia se defendesse dos partidos que buscassem alçar-se ao poder para destruí-la. Isso porque o fascismo, classificado por Loewenstein (1937) como uma técnica política, só conseguiria ser vitorioso em razão das condições favoráveis oferecidas pelas instituições democráticas, em especial em virtude da tolerância democrática. De acordo com Loewenstein (1937, p. 424, tradução nossa):

A democracia foi incapaz de proibir aos inimigos de sua própria existência o uso de instrumentalidades democráticas. Até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo, disfarçado de um partido político legalmente reconhecido, foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas.¹

Com base na teoria da democracia militante, partidos políticos com objetivos antidemocráticos deveriam ter o seu registro negado ou cassado, em nome da defesa do próprio regime democrático. A necessidade de uma democracia militante, portanto, surge do imperativo de autoproteção e autopreservação da democracia (LOEWENSTEIN, 1937, p. 429).

Essa teoria já teve algumas aplicações práticas, a fim de cassar o registro de partidos políticos. Cite-se o exemplo da Espanha, que já a usou para

¹No original: “Democracy was unable to forbid the enemies of its very existence the use of democratic instrumentalities. Until very recently, democratic fundamentalism and legalistic blindness were unwilling to realize that the mechanism of democracy is the Trojan horse by which the enemy enters the city. To fascism in the guise of a legally recognized political party were accorded all the opportunities of democratic institutions?”

cassar o registro do partido separatista basco *Batasuna* (BOURNE, 2015). Ademais, diversas Constituições europeias adotam a teoria da democracia militante e preveem expressamente a possibilidade de dissolução de partidos políticos – caso das Constituições da Alemanha, Áustria, Dinamarca e Polônia (MONTEIRO, 2015, p. 126-129).

Apesar de bem fundamentada e justificada diante do que aconteceu na Alemanha nazista, a teoria da democracia militante é objeto de críticas; alega-se que se confere excessivo poder a uma instituição, o que pode ser objeto de consequente abuso e ameaça ao regime democrático (ACCETTI; ZUCKERMAN, 2017). De fato, a definição dos contornos e a imposição de limites à aplicação da teoria da democracia militante são questões extremamente controversas e que também se aplicam à teoria da democracia defensiva. A esse respeito, pode-se esclarecer que houve evolução em torno dessa teoria no contexto europeu, a fim de deixar a sua aplicação mais restrita aos casos realmente necessários. Nesse contexto, a jurisprudência alemã evoluiu quanto à possibilidade de aplicação da teoria da democracia militante, passando a admitir a exclusão de partidos políticos totalitários do processo democrático não somente quando tais partidos apresentassem um viés antidemocrático, mas também se eles representassem risco efetivo à democracia. Dessa forma, de acordo com o atual entendimento da Corte Constitucional alemã, não basta que o partido político apresente características totalitárias para ter seu registro excluído; é necessário haver ameaça concreta à democracia, isto é, é preciso demonstrar que não é apenas potencial, mas efetivo, o risco que o partido político representa.

Deve-se registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) expressamente adotou a teoria da democracia militante no art. 17:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei (BRASIL, [2019a]).

Pela simples leitura do *caput* do art. 17 da CRFB, percebe-se que a criação de partidos políticos depende da observância da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, pode-se afirmar que partidos políticos que não se coadunem com os ideais democráticos, pluripartidários e de respeito aos direitos humanos não devem obter registro, por serem contrários à Constituição.

Ora, a negativa de criação de partidos políticos – ou a sua cassação – em virtude de seu caráter antidemocrático é justamente a base teórica da democracia militante desenvolvida por Loewenstein, razão pela qual se pode afirmar que o sistema constitucional brasileiro expressamente albergou essa teoria.

3 Noções sobre o paradoxo da tolerância

A fim de entender como a teoria da democracia defensiva foi desenvolvida, é necessário compreender as razões por que a existência de uma normalidade democrática permite que regimes totalitários a ameacem, sem a necessidade do uso da força ou de um golpe de Estado. A esse respeito, é interessante lembrar a frase de Joseph

Goebbels, ministro da Propaganda na Alemanha nazista (apud SARMENTO; PONTES, 2018): “sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria”.

Pode-se encontrar a contextualização desse problema no que o filósofo austríaco Popper (1974, p. 289) chamou de “paradoxo da tolerância”. Popper (1974, p. 265, grifos do autor), ao tratar dos paradoxos da liberdade e da democracia aos quais Platão fazia referência, afirmou que

[o] chamado *paradoxo da liberdade* é o argumento de que a liberdade, no sentido de ausência de qualquer controle restritivo, deve levar à maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos. Esta idéia [*sic*], de forma levemente diferente e com tendência muito diversa, é claramente expressa por Platão.

Menos conhecido é o *paradoxo da tolerância*: a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância.

Popper, ademais, esclareceu que não se tratava de suprimir o direito à manifestação de filosofias intolerantes, uma vez que, enquanto fosse possível contradizer racionalmente tais manifestações e mantê-las controladas perante a opinião pública, deveria ser possível a sua livre manifestação. Entretanto, dever-se-ia garantir o direito de suprimir tais manifestações intolerantes, inclusive por meio do uso da força, na hipótese de não ser mais possível contrapô-las por meio de argumentos racionais (POPPER, 1974, p. 265).

Também é possível encontrar em Bobbio (2004) a mesma ideia de que se pode excepcionar

o princípio da tolerância às minorias opressoras, que, caso se transformassem em maioria, buscariam suprimir tal princípio. O autor, contudo, deixa claro que, apesar de evidente na teoria, tal ideia é de difícil aplicação prática, não podendo ser aceita sem ressalvas (BOBBIO, 2004, p. 196).

Com isso, percebe-se que a característica principal da democracia – a tolerância – pode ser igualmente a razão de sua derrocada. A tolerância, ao mesmo tempo em que permite que a democracia sobreviva, é o seu ponto fraco; essa é a verdadeira aporia da democracia. Afinal, a democracia tem como fundamento básico o respeito à diferença de ideias, ao pluralismo político, à liberdade de expressão, que são justamente os meios de que partidos autocráticos se podem valer para chegar ao poder e destruir o regime democrático.

Por essas razões, para que a democracia possa sobreviver, é imprescindível que mecanismos sejam criados no ambiente democrático a fim de restringir a liberdade de grupos ou atores políticos que, por meio de ideias totalitárias ou intolerantes, ameacem a própria democracia. Nesse ponto, percebe-se que as ideias de Loewenstein e de Popper se aproximam no sentido de defender a necessidade de exclusão de certos grupos políticos como forma de sobrevivência da democracia. De uma maneira objetiva, pode-se concluir que a lógica tanto da democracia militante quanto do paradoxo da tolerância é no sentido de que a democracia não pode transformar-se num pacto suicida, razão pela qual devem ser garantidos mecanismos para a legítima defesa da ordem democrática.

4 A democracia defensiva ou de resistência

A teoria da democracia defensiva começou a ser debatida apenas nos últimos dois anos, sobre-

tudo diante da elevada tensão durante as eleições de 2018 e o acirramento político no Brasil.

Na realidade, pode-se afirmar que é difícil imaginar um momento mais propício que o atual para compreender o conceito e a importância da democracia defensiva, pois, além de uma crise de saúde em virtude da pandemia da Covid-19 – que, com maior ou menor gravidade, todos os países têm enfrentado –, o Brasil tem lidado com uma crise econômica, política, social e institucional – todas ao mesmo tempo. Com efeito, a divisão de Poderes e as relações institucionais encontram-se bastante confusas e desgastadas.

Seguindo a mesma racionalidade da democracia de militância, a teoria da democracia de resistência também foi desenvolvida para impedir que grupos extremistas, situações indesejadas ou momentos de instabilidade institucional afetem o regular funcionamento da democracia. Apesar de terem a mesma origem, a teoria da democracia defensiva diferencia-se da democracia de militância por ser mais ampla. Vale dizer, a democracia de militância foi criada e desenvolvida para lidar com uma situação específica: a questão da exclusão de partidos ou de grupos políticos totalitários do processo democrático. A democracia defensiva, entretanto, visa impedir que vulnerem a própria democracia quaisquer situações ou grupos que afetem a normalidade democrática.

Ademais, as expressões *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* parecem ser igualmente mais adequadas e condizentes com o que essa teoria reflete. Isto é, uma atuação reativa em prol da democracia em virtude de um ataque às instituições. Acrescente-se ainda que o termo “democracia militante” parece conter um viés ideológico, o qual não corresponde à ideia de legítima defesa da ordem democrática, objetivo maior da democracia defensiva. Por essas razões, defende-se que se deve utilizar o termo *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* em vez de *democracia militante*.

Em relação à dificuldade de defender a democracia brasileira e conseqüentemente à necessidade de melhor compreensão da teoria da democracia defensiva, deve-se ter em mente que o regime democrático brasileiro é ainda bastante recente: o maior período de “normalidade” democrática brasileiro é o atual, iniciado em 1985, com o fim do regime militar. Desde então, o Brasil teve dois presidentes da República que sofreram processo de *impeachment*.

A democracia brasileira, portanto, é bastante nova e ainda se encontra em fase de consolidação. Ademais, há fatores – alguns essencialmente brasileiros, outros mundiais – que tornam esse processo de conformação democrática muito mais difícil e complexo. Nesse sentido, como características brasileiras, pode-se citar a baixa conscientização política e eleitoral da maioria da população aliada à falta de interesse político, o que permite que políticos mal-intencionados transformem parte da população em militantes sem conhecimento de causa. Ademais, uma das particularidades mais marcantes da sociedade brasileira é a enorme desigualdade social, aliada ao ensino deficiente e à corrupção sistêmica, o que gera instabilidade institucional e culmina no déficit democrático.

Acrescem a esses fatores alguns fenômenos mundiais que igualmente dificultam a consolidação democrática. Quanto a esse ponto, merece registro a grande influência das redes sociais na disseminação de notícias, sobretudo de desinformação, as chamadas *fake news*. Essa é uma realidade bastante discutida no contexto europeu, sobretudo diante da saída do Reino Unido da União Europeia (o chamado *Brexit*). Alega-se que a pequena maioria que votou a favor da retirada do Reino Unido da União Europeia foi influenciada por informações falsas que haviam sido divulgadas por meio de robôs nas redes sociais (MUQSITH; MUZYKANT, 2019). Vale salientar que discussão parecida também foi levantada

quando da eleição de Donald Trump como presidente dos Estados Unidos da América (PERSILY, 2017), sendo esse tema especialmente relevante também agora no Brasil, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Percebe-se, pois, quão complexa é a tarefa de consolidação de um regime democrático, sobretudo diante da realidade brasileira. Por essas razões, os Poderes da República devem desempenhar o importante papel de defesa da democracia, especialmente diante de uma ameaça de hipertrofia de um outro Poder. É certo que a atuação das instituições não afasta nem diminui a importância da atuação da população e da imprensa em prol da democracia; mas, quando se trata da aplicação da teoria da democracia defensiva, está-se discutindo a defesa da democracia por um dos Poderes constituídos.

Por fim, merece destaque o fato de que são justamente os momentos mais tensos e de instabilidade institucional que testam com maior intensidade a solidez de um regime democrático. Dessa forma, pode-se inferir que a democracia brasileira tende a se fortalecer com a superação de uma crise.

5 Aplicações práticas da teoria da democracia defensiva durante a crise da Covid-19

Como já se afirmou, apesar de pouco difundida e estudada no Brasil, a teoria da democracia defensiva tem sido objeto de aplicações práticas por instituições brasileiras, ainda que sem referência a essa denominação. Constata-se que o Poder Legislativo a aplicou durante o atual momento de crise, assim como o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF).

De início, deve-se ter em mente que momentos de crise exigem medidas excepcionais, além de demandar maior criatividade na busca de soluções. Assim, a análise de qualquer tipo de proposta sugerida ou alternativa implementada por um dos Poderes, em especial do Executivo, deve levar em consideração o momento vivenciado. É claro que esse contexto não legitima o desrespeito à CRFB, em especial quando esse desrespeito adota a forma de hipertrofia de um dos Poderes e, conseqüentemente, afronta outro Poder da República. Nessas situações, a teoria da democracia defensiva há de ser aplicada a fim de garantir a normalidade democrática, mesmo que em tempos excepcionais.

5.1 Aplicação pelo Poder Legislativo

Pode-se citar como exemplo de aplicação prática da teoria da democracia defensiva a devolução, pelo Congresso Nacional, de medida provisória

editada durante o período de pandemia da Covid-19, com o objetivo de permitir a nomeação, pelo ministro da Educação, de reitores das instituições federais de ensino sem prévia consulta às universidades. O caso tratava da Medida Provisória (MP) nº 979, de 9/6/2020, cujo ponto mais controverso assim dispunha:

Art. 2º Não haverá processo de consulta à comunidade, escolar ou acadêmica, ou formação de lista triplíce para a escolha de dirigentes das instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 2020.

Art. 3º O Ministro de Estado da Educação designará reitor e, quando cabível, vice-reitor *pro tempore* para exercício:

I – durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 2020; e

II – pelo período subsequente necessário para realizar a consulta à comunidade, escolar ou acadêmica, até a nomeação dos novos dirigentes pelo Presidente da República (BRASIL, 2020e).

O Poder Executivo justificou a edição da norma com o argumento de que a pandemia da Covid-19 exigia isolamento social, conforme orientações da Organização Mundial da Saúde. Por isso, as aulas nas instituições federais de ensino haviam sido suspensas, o que ocasionaria prejuízo ao processo de eleição e designação dos reitores e vice-reitores das instituições de ensino. Dessa forma, o objetivo da MP seria “assegurar o caráter democrático dos processos de eleição de Reitor e Vice-Reitor garantido por meio da consulta à comunidade acadêmica, nas Universidades Federais, nos Institutos Federais e no Colégio Pedro II” (BRASIL, 2020c).

Conforme determina o § 5º do art. 62 da CRFB (BRASIL, [2019a]), cabe ao Congresso Nacional, caso atendidos os pressupostos constitucionais, analisar o mérito das medidas provisórias, as quais terão força de lei desde a sua edição pelo presidente da República. No caso da MP nº 979/2020, entretanto, o Congresso Nacional devolveu ao Poder Executivo sem sequer ter analisado o mérito ou a relevância e urgência da medida, por considerar que o seu teor ofendia tanto o princípio da gestão democrática do ensino público quanto a autonomia universitária previstos, respectivamente, no inciso VI do art. 206 e no art. 207, ambos da CRFB (BRASIL, 2020a).

É de se notar o paradoxo do argumento utilizado pelo então ministro da Educação para defender a necessidade de edição da MP: a defesa do processo democrático de escolha e nomeação dos reitores e vice-reitores das instituições federais de ensino. Ora, adotou-se uma medida claramente

antidemocrática, por meio da designação unilateral pelo ministro da Educação, com a supressão da escolha do dirigente pela comunidade, sob o argumento da defesa da democracia.

Pode-se perceber que o Congresso Nacional agiu firmemente em defesa do que foi considerado um ataque à democracia, devolvendo a MP nº 979/2020, por entender que a norma se consubstanciava em flagrante desrespeito aos princípios da gestão democrática do ensino e à autonomia universitária. Ora, diante da hipertrofia do Poder Executivo, o Legislativo teve que adotar medidas não usuais, a fim de garantir o regular funcionamento das instituições. Deve-se ressaltar que, desde a criação das medidas provisórias em 1988, essa foi apenas a quarta vez que o Congresso Nacional devolveu ao Poder Executivo uma MP sem proceder à sua análise.

5.2 Aplicação pelo Poder Judiciário

Em relação ao Poder Judiciário, são inúmeras as situações em que a teoria da democracia defensiva foi aplicada. O presente artigo enfocará dois julgados proferidos pelo STF durante a pandemia. De início, deve-se ressaltar que nenhum desses julgados fez referência expressa à teoria da democracia defensiva; de sua análise, contudo, pode-se observar a efetiva aplicação da teoria.

O primeiro julgado foi proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6.347, 6.351 e 6.353, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Socialista Brasileiro; todas questionavam a MP nº 928/2020, que limitou o acesso à informação durante o período de pandemia. Os dispositivos impugnados tinham a seguinte redação:

Art. 6º-B Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata

a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I – acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II – agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011 (BRASIL, 2020d).

De acordo com o Poder Executivo, o objetivo da MP foi o de adaptar o acesso à informação à realidade dos órgãos públicos que passaram a atuar de forma majoritária em regime de trabalho remoto, sem prejudicar, igualmente, os órgãos em que seus agentes estavam presencialmente envolvidos no combate à pandemia (BRASIL, 2020b). A própria exposição de motivos da MP, contudo, já esclarecia que mais de 99% das solicitações e das respostas aos pedidos

de acesso à informação eram realizadas de forma eletrônica e remotamente.

Os argumentos levantados pelo Poder Executivo, entretanto, não foram aceitos pelo STF, o qual considerou a limitação prevista naquela norma ofensiva ao direito à liberdade de informação, que deve ser vista como consectário necessário num regime democrático de Direito, uma vez que permite o controle pela sociedade e, sobretudo, pela imprensa.

Nesse sentido, o relator do caso, ministro Alexandre de Moraes, expressamente afirmou que “a participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes”. Argumentou ainda que o acesso à informação se caracteriza como “verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático” (BRASIL, 2020f, p. 10).

O relator foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, o qual se manifestou em contundente voto em favor da democracia:

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.

[...]

Isso porque não há democracia sem a garantia do direito à informação.

[...] a LAI é um dos principais instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro para concretizar os princípios constitucionais da publicidade, da transparência e do direito à informação, os quais assumem especial importância em um Estado Democrático de Direito.

A negativa generalizada de acesso a informações públicas, além de limitar o controle social em um momento crítico, pode

acarretar vícios de nulidade e dar margem a práticas não democráticas. É inequívoco que o controle social efetivo sobre os atos administrativos depende do funcionamento dos mecanismos de transparência.

[...]

É óbvio que o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância. Já afirmei que as salvaguardas constitucionais não são obstáculos, mas instrumentos de superação dessa crise. O momento exige grandeza para buscar soluções viáveis do ponto de vista jurídico, político e econômico.

Ademais, principalmente em tempos excepcionais como o que vivemos, o acesso à informação deve ser ampliado e utilizado como instrumento tanto de controle quanto – e principalmente – de conscientização social. Conforme bem pontuado pelo CFOAB, “mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”.

O pleno exercício de uma democracia participativa exige que restrições ao direito à informação sejam devidamente justificadas e proporcionais, sob pena de tornar regra a exceção do sigilo das informações (BRASIL, 2020f, p. 32-43).

Ademais, entendeu-se que aquela MP limitava um direito fundamental sem observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que existiam meios menos gravosos para alcançar a finalidade pretendida pela norma, pois a própria Lei de Acesso à Informação (LAI) já contém mecanismos que permitem a negativa ou a postergação de resposta, em casos excepcionais e devidamente justificados.²

² Nesse sentido, o art. 11, § 1º, II, da LAI dispõe: “Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: [...] II – indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido” (BRASIL, 2011).

Com base nesses argumentos principais, o Plenário do STF de forma unânime referendou a cautelar concedida monocraticamente pelo relator, a fim de suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da MP nº 928/2020.

Da leitura do voto do relator e das discussões travadas durante a sessão de julgamento, percebe-se que o STF considerou a MP nº 928/2020, na parte que limitou o acesso à informação, um ataque frontal à democracia. Entendeu-se que a limitação ao acesso à informação, sobretudo num momento de crise, causa grave abalo às instituições democráticas, dado que é por meio da transparência e do acesso à informação que se permite o controle da atuação do Poder Público e a conscientização social. Esse controle deve ser realizado por toda a sociedade e pelas instituições, merecendo destaque o importante papel que a imprensa desempenha nesse âmbito.

Além desse relevante processo que tratou de acesso à informação durante a pandemia, deve-se reconhecer que o caso mais emblemático julgado pelo Poder Judiciário foi o que ficou o conhecido como “inquérito das *fake news*”. Trata-se do Inquérito nº 4.781, aberto de ofício pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em 14/3/2019, por meio da Portaria nº 69/2019, tendo sido distribuído ao ministro Alexandre de Moraes, com o intuito de apurar a divulgação de notícias falsas e ataques à honra e à segurança do STF, de seus membros e familiares (BRASIL, 2019b). O fundamento legal para a abertura de ofício desse inquérito foi o art. 43 do Regimento Interno do STF, que tem a seguinte redação:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (BRASIL, 2020g, p. 44).

Em 2019, quando o Inquérito nº 4.781 foi aberto, o processo foi objeto de grande celeuma e críticas, tanto por parte da opinião pública quanto por parte de juristas. Argumentava-se que o Poder Judiciário não possuía função inquisitiva, não cabendo a ele a iniciativa de abertura e de condução de inquérito. Nesse sentido, o Ministério Público inicialmente manifestou-se pelo não cabimento do inquérito, por ofensa aos princípios da separação dos Poderes e do juiz natural (PGR..., 2019).

Apesar da perplexidade e das controvérsias geradas quando da abertura do inquérito das *fake news* em 2019, o que parecia indicar que ele não

teria a sua validade confirmada pelo Plenário do STF, o cenário em que ele foi julgado em junho de 2020 revelou-se bastante diverso. Isso porque se descortinou o teor das graves ameaças sofridas tanto por ministros do STF quanto por seus familiares, além de ataques direcionados à própria instituição. Ademais, as realidades política e social também se alteraram bastante, havendo um acirramento das agressões, as quais passaram a atingir de maneira bastante direta o Poder Judiciário, ameaçando a democracia.

Diante desse contexto jurídico e, especialmente, político e social, o Inquérito nº 4.781 teve a sua validade e constitucionalidade devidamente reconhecida em 18/6/2020 em decisão do Plenário da Corte, pela quase unanimidade dos ministros, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572. Apenas o ministro Marco Aurélio de Mello divergiu dos demais, por entender que o art. 43 do Regimento Interno do STF não fora recepcionado pela CRFB. O ministro ainda considerou que as manifestações contrárias aos membros do STF estavam albergadas pela liberdade de expressão (PLENÁRIO..., 2020). A Procuradoria-Geral da República, inclusive, passou a defender a validade do inquérito, desde que garantida a participação do Ministério Público e estabelecidas certas balizas (INQUÉRITO..., 2020).

Ressalte-se que o presente artigo não pretende realizar qualquer análise de mérito ou de validade do Inquérito nº 4.781 ou do julgamento realizado pelo STF nos autos da ADPF nº 572. Além de não se encontrar no escopo do artigo tal exame, há dificuldades práticas para a realização de tal intento, uma vez que o Inquérito nº 4.781 tramita em segredo de justiça, e os votos da ADPF nº 572 ainda não tinham sido disponibilizados quando da finalização deste trabalho. O que se pretende demonstrar com a apresentação desse julgado é a aplicação prática

da teoria da democracia defensiva – com os consequentes riscos e críticas a ela inerentes.

Os julgamentos preferidos pelo STF nas ADIs nºs 6.347, 6.351 e 6.353 e na ADPF nº 572 demonstram que a teoria da democracia defensiva, ainda que sem referência ao seu nome, já tem sido objeto de aplicação prática. Ademais, esses julgamentos evidenciam que a Suprema Corte brasileira está consciente do momento de crise aguda que o País enfrenta e do seu papel como um dos garantidores da democracia.

6 Conclusão

A teoria da democracia defensiva, ou democracia de resistência, ainda é pouco difundida e estudada no Brasil. Apesar de ter suas bases na teoria da democracia militante de Karl Loewenstein, a democracia defensiva dela difere por ser mais ampla e por ter um viés menos político. Ambas, contudo, têm como característica principal a necessidade de a democracia criar mecanismos excepcionais a fim de se defender de ataques autoritários. Trata-se, assim, do desenvolvimento de uma teoria de autoproteção ou autodefesa do regime democrático.

Deve-se ter em mente que a democracia é uma construção permanente, sobretudo quando se trata de uma democracia tão recente quanto a brasileira. Toda a sociedade e os três Poderes da República devem estar atentos a ameaças antidemocráticas e à defesa da ordem constitucional. Em caso de erosão da democracia e de hipertrofia de algum dos Poderes, as demais instituições devem agir de forma firme e proporcional ao ataque sofrido. Desse modo, uma atitude que não aparentava ser de relevante gravidade no passado pode adquirir contornos diferentes diante de uma situação de crise, como a atual.

Independentemente do viés político, das paixões partidárias e das naturais identifica-

ções entre um ou outro perfil, as instituições devem ser respeitadas. Deve-se ter em mente que a CRFB não é um obstáculo para ultrapassar os momentos de tensão. Ao contrário, ela é o único caminho viável e democrático para a superação da crise.

Sobre a autora

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes é doutora em Direito pela Radboud University, Nijmegen, Gelderland, Países Baixos; mestra em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal, Brasília, DF, Brasil; assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: tarsilaribeirof@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133

(APA)

Fernandes, T. R. M. (2021). Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 133-147. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133

Referências

ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? *Political Studies*, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 182-199, Apr. 2017. Supplement. DOI: <https://doi.org/10.1177/0032321715614849>.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURNE, Angela. Why ban Batasuna?: political parties and terrorism. *Comparative European Politics*, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 325-344, May 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/cep.2013.28>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 66, de 2020. *Diário do Congresso Nacional*: edição extraordinária, Brasília, DF, ano 75,

n. 25, p. 3, 12 jun. 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/06/dcn.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. [Exposição de Motivos] nº 006/2020 CGU SG/PR. Brasília, DF: [Presidência da República], 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-928-20.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. [Exposição de Motivos] nº 00036/2020 MEC. Brasília, DF: [Presidência da República], 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-979-20.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. [Vigência encerrada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 979, de 9 de junho de 2020. Dispõe sobre a designação de dirigentes *pro tempore* para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020e. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.351/DF. Constitucional e administrativo. Restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação. Ausência de razoabilidade. Violação aos princípios da publicidade e transparência. Suspensão do artigo 6º-B da Lei 13.979/11, incluído pela MP 928/2020. Medida cautelar referendada [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753468971>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: atualizado até a Emenda Regimental n. 53/2020. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2020g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INQUÉRITO das fake news: STF declara constitucionalidade da portaria que instaurou investigações. Procuradoria-Geral da República: notícias, Brasília, DF, 18 jun. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/inquerito-das-fake-news-stf-declara-constitucionalidade-da-portaria-que-instaurou-investigacoes>. Acesso em: 17 ago. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, June 1937. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948164>.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. *Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa*. 2015. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30098/2/Democracia%20militante%20na%20atualidade.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

MUQSITH, Munadhil Abdul; MUZYKANT, Valerii Leonidovich. Effect fake news for democracy. *Jurnal Cita Huku*, Jakarta, v. 7, n. 3, p. 307-318, Dec. 2019. DOI: <https://doi.org/10.15408/jch.v7i3.12956>. Disponível em: <http://journal.uinjkt.ac.id/index.php/citahukum/article/view/12956/pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. election: can democracy survive the internet? *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 63-76, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2017.0025>. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-2016-u-s-election-can-democracy-survive-the-internet/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PGR pede nulidade de inquérito do STF que apura ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 3 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-03/pgr-nulidade-inquerito-stf-apura-ameacas-ministros>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PLENÁRIO conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre *fake news* e ataques ao STF. *Notícias STF*, Brasília, DF, 18 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>. Acesso em: 25 jul. 2020.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974. v. 1. (Coleção Espírito do nosso Tempo, 1).

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição? *Jota*, [s. l.], 24 ago. 2018. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018. Acesso em: 17 ago. 2020.

Suspeição do juiz por relacionamento pessoal ou relação de parentesco com advogado no Direito alemão

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO
JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA

Resumo: O artigo objetiva analisar o princípio da imparcialidade do juiz no Direito brasileiro e no alemão, bem como sua concretização, no segundo, em casos de relacionamento pessoal ou relação de parentesco entre juiz e advogado. Trata-se, portanto, metodologicamente, de um estudo de Direito Comparado. A análise abrange o conteúdo, a validade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão, a correção prática geral e a classificação normativa do princípio da imparcialidade do juiz. Demonstra-se que, do ponto de vista da moderna teoria dos princípios, o “princípio” da imparcialidade do juiz deve ser classificado como uma regra, não como princípio. Em seguida, são estudadas as medidas adotadas pelo Direito alemão vigente para a efetivação do princípio da imparcialidade do juiz nos casos em que existe relacionamento entre juiz e advogado. A análise mostra que na Alemanha os meios processuais são suficientes para implementar o princípio da imparcialidade do juiz.

Palavras-chave: Imparcialidade do juiz. Suspeição. Relacionamento pessoal entre juiz e advogado. Relação de parentesco entre juiz e advogado.

Challenging the judge on grounds of bias by virtue of personal or family relationship with the lawyer in German Law

Abstract: This article aims to analyse the principle of the impartiality of the judge both in Brazilian and German legal systems and its application, in German law, in cases of personal or family relationship between the judge and the lawyer. Thus, it is, methodologically, an essay of Comparative Law. The analysis comprises the content, the validity both in the Brazilian and German legal systems, the practical correction and the normative classification of the principle of the impartiality of the judge. It is shown that, from the standpoint of the modern theory of principles, the “principle”

Recebido em 25/9/20
Aprovado em 26/10/20

of the impartiality of the judge must be classified as a rule, and not as a principle. After that, the means adopted by current German law in cases in which there is a relationship between the judge and the lawyer are studied. These means are, in Germany, enough to implement the principle of the impartiality of the judge.

Keywords: Impartiality of the judge. Bias. Personal relationship between judge and lawyer. Family relationship between judge and lawyer.

1 Introdução

Constitui objeto deste artigo apresentar e analisar o modo como o Direito alemão trata os casos em que (i) o advogado que representa uma das partes que pleiteia algo em juízo tem (i.a) relação de parentesco ou (i.b) relacionamento pessoal com o juiz da causa, bem como os casos em que (ii) o advogado que representa uma das partes, embora não tendo diretamente relação de parentesco ou relacionamento pessoal com o juiz da causa, atua em um escritório em que atua outro advogado com (ii.a) relação de parentesco ou (ii.b) relacionamento pessoal com o juiz da causa. Trata-se de casos como os seguintes: (i.a) o advogado da causa é marido, filho, sobrinho, tio, primo, genro, cunhado etc. do juiz da causa; (i.b) o advogado da causa é amigo pessoal¹ do juiz da causa; (ii.a) o advogado da causa trabalha ou é sócio em um escritório de advocacia em que trabalha ou em que é sócio um advogado que é marido, filho, sobrinho, tio, primo, genro, cunhado etc. do juiz da causa; (ii.b) o advogado da causa trabalha ou é sócio em um escritório de advocacia em que trabalha ou em que é sócio um advogado que é amigo pessoal do juiz da causa.

A regulamentação de tais questões é extremamente importante, pois tem a finalidade de garantir a imparcialidade da Justiça. Quando o advogado da causa mantém relacionamento pessoal ou relação de parentesco com o juiz da causa, ou ainda quando um advogado que atua no mesmo escritório em que atua o advogado da causa tem relacionamento pessoal ou relação de parentesco com o juiz da causa, a imparcialidade do juiz é colocada em xeque. O objetivo deste artigo é investigar como essa questão é tratada no Direito alemão.

¹ Ser o advogado da causa ou um advogado que atua no escritório do advogado da causa inimigo do juiz da causa também se enquadraria no conceito geral “ter relacionamento pessoal” com o juiz. Neste trabalho, não analisaremos, contudo, essa situação.

Inicialmente, na seção 2, será abordado o princípio da imparcialidade do juiz. Serão estudados seu conteúdo (seção 2.1), sua validade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão (seção 2.2), sua correção prática geral (seção 2.3) e sua classificação normativa (regra ou princípio, seção 2.4). Nas seções 3 e 4 serão investigadas as medidas adotadas pelo Direito alemão vigente para a efetivação do princípio da imparcialidade do juiz nos casos em que existe relacionamento pessoal ou relação de parentesco entre juiz e advogado. Dois tipos de medidas serão estudados: medidas processuais e medidas administrativas. No pós-guerra, o Direito alemão passou a dispor, ao lado de normas referentes à suspeição do juiz (medidas processuais), que já existiam antes da guerra, também de medidas administrativas para garantir a imparcialidade do funcionamento da Justiça, sobretudo no que diz respeito ao relacionamento entre juízes e advogados. Tratava-se de impedimentos constantes na Lei Federal dos Advogados (*BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung*), editada em 1959, que restringiam a possibilidade de atuação do advogado em determinadas comarcas. Essas medidas administrativas, hoje revogadas, serão abordadas na seção 3. Na seção 4, será analisada a suspeição do juiz nos processos civil e penal alemães, não só em seu teor abstrato (previsão legal), mas sobretudo em sua aplicação a casos de relação de parentesco e relacionamento pessoal entre o advogado que atua em uma causa e o juiz da causa, bem como a casos em que a relação de parentesco ou o relacionamento pessoal existe não entre o juiz e o advogado da causa, mas entre o juiz da causa e um advogado que atua no escritório em que também atua o advogado da causa. Na seção 5 será realizada uma análise do material estudado nas seções 2, 3 e 4 e, após isso, serão feitas algumas observações conclusivas.

Poder-se-ia perguntar qual a utilidade, para o Direito brasileiro e de outros países, de estudar

como o Direito alemão regulamenta os casos de suspeição do juiz por relação de parentesco e relacionamento pessoal com advogado. A resposta a essa pergunta está ligada ao conceito e à função do Direito Comparado, cujo estudo permite conhecer institutos do Direito de países diferentes e compará-los, analisando seus acertos e desacertos, para possibilitar, assim, o aperfeiçoamento do Direito de modo geral. Tal estudo não se resume, naturalmente, à mera comparação entre textos legais, constituindo antes um exercício de compreensão do Direito a ser comparado em sua prática cotidiana. Por isso, ele envolve não só a análise do texto legal, mas sobretudo o Direito concreto, passando, pois, pelo estudo da doutrina e da jurisprudência. A ideia do Direito Comparado² não é a de que há um Direito melhor que outro, mas que com a comparação entre diversas tradições jurídicas pode haver uma evolução do Direito em geral.³ Neste artigo, será analisado o princípio da imparcialidade do juiz nos Direitos brasileiro e alemão, bem como a regulamentação de sua concretização, no Direito alemão, em casos de relacionamento pessoal ou relação familiar entre juiz e advogado.

² Segundo Eberle (2009, p. 452, tradução nossa), a ideia essencial do Direito Comparado é comparar o Direito de um país com o Direito do outro, mas com razão ele acrescenta que “não é suficiente simplesmente comparar palavras escritas em páginas. O Direito é parte de uma cultura. O Direito ao mesmo tempo guia e é influenciado pela cultura de um país. Assim, devemos ir além do Direito formalmente escrito no texto. É preciso escavar a estrutura que subjaz ao Direito para melhor compreender o que o Direito realmente é e como ele realmente funciona em uma sociedade”. No original: “It is not enough simply to compare words on the page. Law sits within a culture. Law both drives and is influenced by the culture of the home country. So we must look beneath the law as written formally in text. We need to excavate the underlying structure of law to understand better what the law really is and how it actually functions within a society”.

³ Segundo Eberle (2009, p. 486), o Direito Comparado tem um papel essencial, que consiste na melhora do bem-estar social e das ordens jurídicas nacionais, regionais e internacional. Sobre o caráter crítico do Direito Comparado, ver Sinani e Shanto (2013, p. 25).

2 O princípio da imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade do juiz constitui o fundamento imediato de regras que proíbem ao juiz de uma causa julgar o caso quando ele tem relação de parentesco ou relacionamento pessoal com o advogado que atua na causa ou com advogado que atua no mesmo escritório em que atua o advogado da causa. Assim, para melhor compreender o sentido das normas jurídicas que regulam esse tipo de situação, é necessário, ainda que de forma breve, abordar a norma que as fundamenta. O estudo do princípio da imparcialidade do juiz será realizado em quatro subseções. Na subseção 2.1 será abordado seu conteúdo, na subseção 2.2 será analisada sua positivação nos Direitos brasileiro e alemão, na subseção 2.3 será investigado seu fundamento e, por fim, na subseção 2.4 será questionado se o “princípio” da imparcialidade do juiz é de fato um princípio.

2.1 O Conteúdo do princípio da imparcialidade do juiz

O princípio da imparcialidade do juiz determina que o juiz que decide a causa não deve tomar partido, não pode pender ou tender a uma das partes. Ser imparcial não significa, contudo, ser “neutro” em sentido axiológico. Houve e ainda há, especialmente no âmbito da ciência e da teoria do Direito, alguma confusão entre imparcialidade e neutralidade.⁴ Isso ocorre, em certa medida, porque o termo *neutralidade* pode ser usado como sinônimo de *imparcialidade*, mas também em sentido diverso. Assim, pode-se dizer, por um lado, haver no processo três sujeitos: o autor, o réu e o “terceiro neutro”, o juiz. Com isso se quer dizer que o juiz é ou deve

ser imparcial. Por outro lado, dizer ser o juiz “neutro” pode ser uma referência a uma suposta postura epistemológica em relação à atividade do juiz; pode-se querer dizer que o juiz é ou deve ser capaz de conhecer fatos e normas sem se “contaminar” por juízos de valor.

No primeiro sentido, ou seja, neutralidade como sinônimo de imparcialidade, é correto afirmar que a neutralidade é requisito de um processo justo. O uso de “neutralidade” para referir-se à imparcialidade está presente tanto no Direito brasileiro quanto no alemão, no qual às vezes se afirma que a imparcialidade (*Unparteilichkeit*) do juiz significa ser ele neutro (*neutral*). Por outro lado, deve ficar clara a completa impossibilidade de se pretender exigir do juiz algo como uma neutralidade no segundo sentido, ou seja, uma neutralidade entendida como postura epistemológica neutra, uma vez que contra ela se pode apresentar a famosa objeção de que “ninguém é neutro”. O juiz não pode ser neutro, pois ele é um ser humano e, como tal, emite juízos de valor, o que impossibilitaria uma postura de neutralidade. Como “aquilo que é impossível não pode ser exigido”, não faria qualquer sentido exigir a “neutralidade” do juiz.

Se, por um lado, é preciso concordar com a objeção geral de que ninguém é neutro em um sentido filosófico-axiológico – ou seja, ninguém pode deixar de ter certas visões de mundo a partir das quais interpreta as coisas –, por outro lado, é preciso constatar que, quando se diz que o juiz deve ser “neutro”, não se quer dizer com isso que ele não deve emitir juízos de valor. Pretende-se geralmente dizer algo muito mais simples e elementar: que o juiz não pode ser parcial, no sentido de ser parte, tender a uma parte, ter interesse na causa. É essa ideia que fundamenta normativamente o dever de impedir que o juiz, em determinados casos, julgue uma causa. Trata-se daqueles casos em que o juiz tem ou poderia ter interesse na causa, casos

⁴ Ver Martins (2001, p. 82).

em que ele não é “imparcial”, pendendo para um dos lados.

2.2 A positivação do princípio da imparcialidade da justiça

O princípio da imparcialidade do juiz está previsto nos ordenamentos jurídicos positivos de vários países e nos Direitos Comunitário e Internacional.⁵ Limitaremos nossa análise, nesse ponto, aos Direitos brasileiro e alemão.

No Brasil, o princípio da imparcialidade do juiz não está expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Contudo, ele seria, segundo alguns, um princípio implícito na CRFB, ou seja, um princípio que pode ser derivado de um conjunto de outros princípios e regras constitucionais que regulamentam a atividade do juiz.⁶ Geralmente cita-se a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII). Costuma-se mencionar ainda, como prova de um princípio implícito da imparcialidade do juiz, as garantias concedidas aos juízes e as vedações a sua atuação, previstas no art. 95 da CRFB. As garantias são a vitaliciedade (art. 95, I), a inamovibilidade (art. 95, II) e a irredutibilidade de subsídio (art. 95, III) (BRASIL, [2020]). As vedações são “exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função”, “receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo”, “dedicar-se à atividade político-partidária”, “receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas” e, por fim, “exercer a ad-

vocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (art. 95, parágrafo único, I a V) (BRASIL, [2020]).

Essas normas constitucionais teriam como escopo comum garantir que o juiz possa julgar de forma independente, sem se submeter a pressões, sem pender a uma das partes. Em outros termos, elas visariam a garantir que o juiz seja imparcial. Na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o princípio da imparcialidade também não se encontra expressamente positivado, mas normas semelhantes às normas constitucionais, conferindo garantias aos magistrados e vedando determinadas condutas, também visariam ao objetivo comum de uma jurisdição imparcial.⁷

Se, por um lado, tanto na CRFB quanto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional o princípio da imparcialidade do juiz não foi previsto de forma expressa, podendo ser contudo considerado um princípio implícito, por outro lado, no Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, o princípio da imparcialidade do juiz foi consagrado de forma expressa. O art. 1º, que enumera os princípios que regem a atividade do magistrado, dispõe:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da *imparcialidade*, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008, grifo nosso).

⁵ Para a imparcialidade no Direito Comunitário, ver Steinfatt (2012).

⁶ Segundo Bobbio (2010), princípios podem ser expressos ou não expressos (aqui denominados implícitos). Princípios não expressos são, para o autor, “aqueles que podem ser extraídos por abstração de normas específicas ou ao menos não muito gerais” (BOBBIO, 2010, p. 310).

⁷ Ver, por exemplo, os arts. 25 a 34 (garantias) e 35 a 39 (deveres, incluídas as vedações, que aparecem no art. 36) da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) (BRASIL, [1993]).

E no Capítulo III, que regulamenta exclusivamente o dever de imparcialidade, lê-se:

CAPÍTULO III IMPARCIALIDADE

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, *mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.*

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I – a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II – o tratamento diferenciado resultante de lei (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008, grifo nosso).

Na Alemanha, o princípio da imparcialidade do juiz também é considerado juridicamente válido. Embora não expressamente previsto na Lei Fundamental (a Constituição da Alemanha), ele decorreria de algumas de suas normas, como as do art. 97 (1) que dispõe sobre a independência do juiz: “Art. 97 (1) Os juízes são independentes, estando sujeitos somente à lei” (DEUTSCHLAND, [2020b], tradução nossa).⁸

Outras normas constitucionais que justificariam a existência do princípio da imparcialidade do juiz no Direito alemão seriam as do art. 101, (1) e (2), da Lei Fundamental, que tratam do “juiz legal”, o que corresponde, na terminologia brasileira, ao juiz natural: “Art. 101 (1) Juízos

de exceção não são admitidos. Ninguém pode ser privado do juiz legal da causa. (2) Cortes para matérias específicas podem ser criadas apenas por lei” (DEUTSCHLAND, [2020b], tradução nossa).⁹

Além das previsões constitucionais mencionadas acima, na Seção 4 (*Abschnitt 4*) da Lei Alemã dos Juízes (*Deutsches Richtergesetz*), prevê-se novamente a independência do juiz: “§ 25 Máxima. O juiz é independente, estando sujeito somente à lei” (DEUTSCHLAND, [2019], tradução nossa).¹⁰

A doutrina alemã entende, de modo geral, que essas normas fundamentam a existência, no Direito alemão, de um princípio da imparcialidade do juiz (VOLLKOMMER, 2001, p. 8). Alguns chegam a adicionar, como fundamento, a máxima da igualdade, na medida em que um juiz parcial coloca em risco o tratamento igual aos cidadãos (RIEDEL, 1980, p. 14). Portanto, embora não expressamente positivado, o princípio da imparcialidade do juiz é considerado, também na Alemanha, um princípio implícito na Constituição, na medida em que não pode haver independência do juiz se ele tem interesse na causa.

2.3 A correção do princípio da imparcialidade do juiz

Em países como Brasil e Alemanha, em que o princípio da imparcialidade do juiz ou da jurisdição está positivado pelo ordenamento jurídico, não cabe dúvida sobre sua validade jurídica. Assim, nesses Estados, o princípio da imparcialidade da jurisdição é princípio juridi-

⁹No original: “Art 101 (1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. (2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden”.

¹⁰No original: “§ 25 Grundsatz. Der Richter ist unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen”.

camente válido. Contudo, a positivação não é suficiente para justificar a correção prática de uma norma, ou seja, ela não é suficiente para justificar por que ela é justa ou adequada. Essa justificação, no entanto, pode ser oferecida em um nível analítico-filosófico.

Numa perspectiva analítico-filosófica, a imparcialidade fundamenta-se na igualdade.¹¹ O princípio da igualdade, por sua vez, é um dos mais fundamentais elementos de qualquer teoria da justiça. Ele determina que casos juridicamente iguais devem ser tratados de modo igual. É claro que pode haver muita discussão sobre o que torna dois casos juridicamente iguais ou não, justificando, assim, o tratamento igual ou desigual. Porém, essa complexa questão filosófica, que é objeto de análise desde pelo menos o Livro V da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles,¹² não está em jogo quando se aborda a imparcialidade do juiz da causa em caso de relação com o advogado da causa ou com advogado que atua em escritório em que atua o advogado da causa, pois em geral não há dúvida de que decorrerá da hipótese de o juiz ter relacionamento pessoal ou relação de parentesco com advogado a possibilidade de uma influência não justificada em seu julgamento, possibilidade que, por si só, isto é, independentemente de sua verificação empírica, já é suficiente para inviabilizar sua atuação na causa.¹³ Desse modo, a imparcialidade é um elemento imprescindível em um julgamento comprometido com a justiça.

2.4 Princípio ou regra? Sobre a verdadeira classificação do princípio da imparcialidade do juiz

Analisados o conteúdo, a positivação e a justificação do “princípio” da imparcialidade do juiz, cabe agora perguntar: é ele de fato um princípio ou seria ele uma regra? A resposta a essa pergunta depende, naturalmente, do critério que se adota para se distinguir princípios e regras.

Na ciência do Direito, existem vários critérios para se distinguir princípios e regras ou, de acordo com outra terminologia, princípios e normas ou, em outros termos, normas que são princípios e normas que não são princípios. Um dos critérios mais tradicionalmente usados é a generalidade: princípios seriam as normas mais gerais do sistema e regras (ou normas que não são princípios) seriam normas não tão gerais quanto os princípios. Esse critério aparece em vários autores como,

¹¹ Nesse sentido, ver Riedel (1980, p. 14).

¹² Ver Aristóteles (1991).

¹³ Com isso o juiz tende a considerar com mais atenção os argumentos de apenas uma das partes, perdendo a capacidade de se colocar no lugar da outra. Assim, o princípio da reciprocidade e conseqüentemente o princípio da universalizabilidade, que determina que as conseqüências de uma decisão devem poder ser aceitas por todos, ficam comprometidos (ALEXY, 1996, p. 250-254).

entre outros, Norberto Bobbio¹⁴ e Joseph Raz.¹⁵ Larenz (1979, p. 458) afirma que princípios ético-jurídicos são critérios objetivos teleológicos de interpretação, que se caracterizam por fornecer padrões de orientação da normatização jurídica. Ainda segundo Larenz, como “pensamentos jurídicos materiais”, eles são “expressões da ideia de direito”.¹⁶

Outro critério seria o caráter valorativo dos princípios. Princípios seriam normas do sistema jurídico que possuem uma “alta carga valorativa”, constituindo, assim, a posituação de valores morais. Esse critério foi adotado por Canaris (1983, p. 50), que afirma que princípios cumprem o papel de realizar a adequação valorativa e a unidade interna do Direito.

Com Ronald Dworkin, a distinção entre regras e princípios ganhou importância, não só por ser a chave para caracterizar a concepção positivista em geral e mais especificamente de Hart como uma compreensão inadequada do Direito, na medida em que ela não teria percebido que o Direito é um conjunto de regras e de princípios (DWORKIN, 1977a, p. 17-22),¹⁷ mas também por explorar algo que, embora já presente na ciência do Direito, ainda não tinha sido sistematicamente estudado: a caracterização de princípio jurídico com base em sua estrutura e em seu comportamento quando do choque com outro princípio. Em síntese, pode-se dizer que para Dworkin (1977a) há dois critérios diversos de distinção entre princípios e regras: um critério lógico e um critério que, com base em Raz (1972, p. 848-851), podemos denominar *critério da fonte*.

O critério lógico é um critério relacionado à estrutura do padrão normativo. Segundo esse critério, princípios indicam apenas a direção de uma decisão, enquanto regras determinam a decisão com maior exatidão. Além disso, enquanto regras são aplicáveis no modo tudo-ou-nada, princípios não obrigam uma determinada decisão, sendo *prima facie* na visão de Dworkin (1977a, p. 24). Isso significa que, quando regras se chocam, a validade de uma implica a invalidade da outra, ou então uma cláusula de exceção é inserida em uma das regras, de modo que as regras possam ser compatibilizadas entre si (DWORKIN, 1977a, p. 24, 1977b, p. 71-80). Segundo Dworkin (1977a, p. 26-27, tradução nossa), no caso de regras, todas as exceções podem ser previstas, e “uma formulação de uma regra que não contenha todas as exceções de sua aplicação não será considerada

¹⁴ Bobbio (2010, p. 309) afirma que princípios são normas “generalísimas” do ordenamento jurídico.

¹⁵ Raz (1972, p. 838-841) parece não adotar a generalidade como único critério, mas em sua visão ela certamente desempenha um papel na caracterização de princípios, pois princípios são razões mais gerais que regras e incorporam valores e objetivos gerais no Direito.

¹⁶ Larenz (1979, p. 458) afirma ainda que princípios não são regras generalíssimas.

¹⁷ Essa tese de Dworkin não nos parece correta. Contudo, ela não será analisada em detalhes aqui, pois isso nos desviaria do escopo deste trabalho. Para uma análise desse tema, ver Oliveira (2009) e Trivisonno (2013).

uma enunciação completa da regra”. No caso dos princípios, a forma de solução de conflitos seria outra. Sendo *prima facie*, princípios admitem exceções não previstas, continuando válidos mesmo quando não forem determinantes para a decisão particular do caso. Assim, o choque de princípios não seria resolvido na dimensão da validade, mas antes na dimensão do peso (*dimension of weight*).

Segundo o critério da fonte, os princípios nem sempre são oriundos da legislação positiva ou de decisões judiciais; eles têm sua origem em outras fontes, sobretudo a moral.

A outra distinção a ser brevemente abordada é a realizada por Robert Alexy, que elaborou sua distinção entre regras e princípios originalmente em 1979, no artigo “Sobre o conceito de princípio jurídico” (ALEXY, 2014) e no famoso Capítulo 3 da *Teoria dos direitos fundamentais*, publicada em 1985 (ALEXY, 1994). Após isso, ele desenvolveu e reformulou aspectos de sua teoria em inúmeros artigos a ela dedicados.

Naquele artigo, Alexy (1979) parte da teoria de Dworkin, procurando, contudo, estabelecer as bases de uma teoria própria. Em virtude disso, as distinções de Alexy e de Dworkin têm alguns pontos em comum, mas também pontos essencialmente distintos. Os pontos em comum são ressaltados pelo próprio Alexy (1979, p. 67-68), que afirma ser correta a “tese da separação rigorosa” entre regras e princípios, defendida por Dworkin, segundo a qual a distinção entre esses dois tipos de normas não é meramente gradual. Aqui, Alexy está claramente criticando a adoção do critério da generalidade como critério para distinção entre regras e princípios, e se posicionando a favor de uma distinção qualitativa. Além disso, ele aceita o que denomina “teorema da colisão” de Dworkin, segundo o qual princípios funcionam de forma diferente das regras quando há um conflito, mas questiona o modelo de regras tudo-ou-nada de Dworkin, no qual

regras não são *prima facie* (ALEXY, 1979, p. 71). Além disso, Alexy (1979, p. 79-82) introduz uma característica lógica para explicar o teorema da colisão de Dworkin, a saber, a ideia de que princípios podem ser satisfeitos em graus variados, o que ele originalmente denominou *dever ser ideal*, e mais tarde definiu como comandos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso (ALEXY, 2010).

Fica claro no artigo que a ideia de que princípios são comandos de otimização, defendida por Alexy, não está presente em Dworkin, pois, embora afirme que conflitos de princípios sejam decididos na dimensão do peso, Dworkin não parece conceber, em sua obra, a existência de normas que podem ser cumpridas em graus, como faz Alexy. O conceito lógico de princípios de Dworkin pode ser descrito mediante duas características (que as regras não possuem): eles são *prima facie* e não conclusivos. A primeira característica significa que eles admitem exceções ao passo que a segunda significa que eles não obrigam uma certa decisão específica, mas simplesmente indicam a direção geral dessa decisão. Diferentemente disso, para Alexy (2010), regras também são *prima facie*, mas seu caráter *prima facie* é diferente do caráter *prima facie* dos princípios, pois estes são comandos que admitem cumprimento em graus, e isso é o que essencialmente os diferencia das regras.

No Capítulo 3 da *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (1994) volta à distinção entre regras e princípios, abordando ainda a solução das colisões entre princípios por meio da máxima da proporcionalidade. Alexy parte de uma análise dos critérios tradicionalmente usados para distinguir regras de princípios, sobretudo do clássico critério quantitativo da generalidade, para então reafirmar que princípios são comandos que exigem que algo seja realiza-

do na máxima medida possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, são comandos de otimização; em contrapartida, regras são comandos definitivos, ou seja, exigem simplesmente que uma conduta seja praticada. Colisões entre princípios são solucionadas pela máxima da proporcionalidade, por meio de suas três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras exigem que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias fáticas, ao passo que a terceira exige que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias jurídicas (ALEXY, 1994, p. 75-104). A atividade de ponderação, sobretudo no plano da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, significa atribuir peso ao grau da interferência a um princípio, à importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles é maior.

Não é possível, aqui, realizar uma análise mais detalhada tanto da teoria dos princípios de Alexy quanto das outras teorias que estudam os princípios jurídicos. Contudo, para o fim que pretendemos alcançar nesta seção – verificar se e em que sentido o “princípio” da imparcialidade do juiz é um princípio –, é suficiente a já realizada descrição dessas teorias.

Quando se adota o critério da generalidade, o “princípio” da imparcialidade do juiz pode de fato ser considerado um princípio, pois se trata de uma norma geral em dois sentidos: ela é aplicável tanto a todos os casos em que a jurisdição é exercida (universalidade) quanto quando não apresenta um comando de ação detalhado (abstração). Assim, independentemente de o processo correr na primeira, na segunda ou na última instância, e independentemente de o processo dizer respeito a matéria de Direito Penal, Civil, Administrativo etc., o juiz deve

ser sempre imparcial, em virtude do princípio da imparcialidade. Além disso, o princípio da imparcialidade não diz exatamente o que se deve fazer, ou seja, não contém disposições específicas sobre o que exatamente seria um juiz parcial e como impedir essa parcialidade.

Quando se consideram princípios como critérios objetivos teleológicos de interpretação que se caracterizam por fornecer padrões de orientação da normatização jurídica, expressando a ideia de Direito, a avaliação é dúbia. Por um lado, o “princípio” da imparcialidade pode ser considerado um princípio que é expressão da ideia de Direito, pois se funda na ideia de igualdade, que é essencial à ideia de Direito. Porém, por outro lado, ele não parece ser um critério objetivo teleológico de interpretação da normatização jurídica, embora influencie a produção normativa de outras regras. A dificuldade de se dizer se o “princípio” da imparcialidade do juiz é um princípio de acordo com o critério de Larenz evidencia, em nosso entendimento, o caráter indeterminado da própria caracterização de Larenz.

Porém, quando se adotam os critérios de Dworkin e Alexy, o “princípio” da imparcialidade do juiz não parece de fato ser um princípio. Ele não é um princípio no sentido lógico de Dworkin, pois ele não é um padrão *prima facie*. Parece-nos que, em geral, as pessoas não só não estariam dispostas a admitir exceções não previstas ao “princípio” da imparcialidade do juiz como, mais ainda, não estariam dispostas a admitir qualquer exceção a sua aplicação. A imparcialidade do juiz não só não admite exceções não previstas; ela não admite qualquer exceção. Assim, ela é uma regra no sentido de Dworkin.

No sentido da teoria dos princípios de Alexy, o “princípio” da imparcialidade do juiz é também uma regra, pois se trata de uma norma que não pode ser cumprida em graus, podendo antes ser cumprida ou descumprida. Isso significa que o

“princípio” da imparcialidade do juiz não pode ser “ponderado”, pois a ponderação só ocorre, na teoria de Alexy, entre princípios.

Em síntese, o “princípio” da imparcialidade do juiz, embora possa ser considerado um princípio por ser uma norma geral, com conteúdo valorativo e alta importância para o sistema, não é um princípio no sentido das teorias de Dworkin e Alexy.¹⁸ Sendo uma regra no sentido dessas teorias, ele não pode ser objeto de ponderação. Todavia, isso não significa que ele não demande regras ainda mais especiais que contenham uma determinação mais precisa dos casos de sua aplicação. Ele é uma regra, mas é uma regra geral; e, como regra geral, é indeterminada. A determinação ocorre no âmbito de regras mais específicas que regulamentam os diferentes casos de violações a esse “princípio” da imparcialidade do juiz. São desse tipo as regras referentes a casos em que juízes da causa mantêm relacionamento pessoal ou têm relação de parentesco com o advogado da causa ou com o advogado que atua no mesmo escritório em que atua o advogado da causa. As duas próximas seções deste artigo serão dedicadas ao estudo dessas regras especiais no Direito alemão.

3 Impedimentos ao exercício da advocacia no Direito Administrativo alemão do pós-guerra

No passado havia no Direito Administrativo alemão impedimentos genéricos de atuação de advogados tanto em virtude do exercício de função pública quanto em virtude de relação de parentesco com o juiz. Esses impedimentos não diziam respeito ao juiz de uma causa concreta; mais que isso, constituem proibições genéricas de atuação em determinados âmbitos da Justiça. Assim, não se tratava, no caso desses impedimentos, de previsão do Direito Processual, mas antes de previsão de Direito Administrativo – ou, se quisermos usar a terminologia adotada por alguns, de previsão no âmbito do “Direito profissional dos advogados” (*Anwaltliches Berufsrecht*).¹⁹

Essas proibições estavam previstas na Lei Federal dos Advogados (*BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung*), editada em 1959 e que está em vigor ainda hoje, mas com várias modificações. Elas apareciam no seu § 20, como motivos para se negar o registro (*Versagung der Zulassung*) para advogar em determinada corte ou comarca, previsto no § 19. Os dispositivos, que estiveram em vigor entre 1959 e 2001, determinavam:

¹⁸ Para evitar essa confusão, em vez de ser denominado *princípio da imparcialidade*, ele poderia ser denominado *máxima da imparcialidade* ou, como faz Riedel (1980), *postulado da imparcialidade*.

¹⁹ Ver Gaier, Wolf e Göcken (2020).

§ 19 Requerimento de registro junto a uma corte

(1) O registro junto a uma corte é concedido mediante requerimento.

(2) A administração judiciária estadual decidirá sobre o Registro. Antes da decisão deve ser ouvido o Diretor da Câmara dos Advogados, em cuja área o candidato quer ser licenciado como advogado.

(3) O requerimento só pode ser rejeitado pelos motivos designados nesta lei.

§ 20 Indeferimento do registro

(1) O registro junto à corte designada no requerimento deve ser, via de regra, rejeitado:

1. quando o candidato, dentro dos últimos cinco anos, tenha sido contratado como juiz ou servidor estável no âmbito da Justiça estadual junto à qual ele quer obter o registro;

2. quando o cônjuge do candidato trabalha nessa corte, mesmo quando o casamento não mais existe;

3. quando o candidato for ou tiver sido parente consanguíneo ou por afinidade em linha reta de um juiz dessa corte e em linha colateral até o terceiro grau no caso de parentes consanguíneos e até segundo grau no caso de parentes por afinidade;

4. quando o candidato quiser obter o registro junto a uma corte superior estadual sem ter antes atuado por cinco anos em uma corte estadual ou em uma corte de primeira instância.

(2) O registro não pode ser negado em virtude de a corte designada no requerimento não mais desejar conceder registro a novos advogados (DEUTSCHLAND, 1959, p. 576, tradução nossa).²⁰

Esses dispositivos, bastante restritivos quanto a relações de parentesco entre o juiz de uma instância e o advogado que nela requer o registro, foram revogados em 2001. Em seu lugar foram estabelecidos dispositivos com restrições de outra natureza, que passaram a figurar no § 7:

²⁰No original: “§ 19 Antrag auf Zulassung bei einem Gericht (1) Die Zulassung bei einem Gericht wird auf Antrag erteilt. (2) Über den Antrag entscheidet die Landesjustizverwaltung. Vor der Entscheidung ist der Vorstand der Rechtsanwaltskammer, in deren Bezirk der Bewerber als Rechtsanwalt zugelassen werden will, zu hören. (3) Ein Antrag darf nur aus den in diesem Gesetz bezeichneten Gründen abgelehnt werden. § 20 Versagung der Zulassung (1) Die Zulassung bei dem im Antrag bezeichneten Gericht soll in der Regel versagt werden, 1. wenn der Bewerber innerhalb der letzten fünf Jahre in dem Bezirk des Landgerichts, in dem er zugelassen werden will, als Richter oder Beamter auf Lebenszeit angestellt war; 2. wenn der Ehegatte des Bewerbers an diesem Gericht tätig ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; 3. wenn der Bewerber mit einem Richter dieses Gerichts in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war; 4. wenn der Bewerber bei einem Oberlandesgericht zugelassen werden will, ohne daß er bereits fünf Jahre lang bei einem Land- oder Amtsgericht als Rechtsanwalt tätig gewesen ist. (2) Die Zulassung darf nicht deshalb versagt werden, weil bei dem im Antrag bezeichneten Gericht ein Bedürfnis für die Zulassung weiterer Rechtsanwälte nicht besteht”.

§ 7 Indeferimento do registro

O registro como advogado deve ser rejeitado:

1. quando a pessoa que apresenta o requerimento tiver sido privada, por decisão do Tribunal Federal Constitucional, de um direito fundamental;
2. quando a pessoa que apresenta o requerimento não possui, em decorrência de julgamento penal, a capacidade de investidura no serviço público;
3. quando a pessoa que apresenta o requerimento tiver sido excluída do exercício da advocacia, por sentença transitada em julgado, e quando ainda não tenham decorrido oito anos do trânsito em julgado da sentença, observando-se ainda o item 5;
4. quando contra a pessoa que apresenta o requerimento tiver sido proferida sentença transitada em julgado em processo de impedimento como juiz ou em processo disciplinar para exclusão do serviço público;
5. quando a pessoa que apresenta o requerimento tenha sido culpada por comportamento que se mostre indigno para o exercício da advocacia;
6. quando a pessoa que apresenta o requerimento lute, de forma punível criminalmente, contra a ordem fundamental democrática referente à liberdade;
7. quando a pessoa que apresenta o requerimento seja incapacitada, de forma não meramente provisória, por motivos de saúde, de exercer regularmente a profissão de advogado;
8. quando a pessoa que apresenta o requerimento exerce uma atividade que não é compatível com a profissão de advogado, especialmente com a posição do advogado como órgão independente da administração da Justiça, ou que possa colocar em risco a confiança em sua independência;
9. quando a pessoa que apresenta o requerimento se encontra em falência patrimonial; a falência patrimonial será assumida quando tiver sido aberto um processo de insolvência patrimonial sobre o patrimônio da pessoa que apresenta o requerimento ou quando a pessoa que apresenta o requerimento passar a constar em lista a ser realizada pela corte de execução (§ 26 (2) da Lei de Insolvência, § 882b do Código de Processo Civil) (DEUTSCHLAND, [2020a], tradução nossa).²¹

²¹No original: “§ 7 Versagung der Zulassung. Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist zu versagen: 1. wenn die antragstellende Person nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein Grundrecht verwirkt hat; 2. wenn die antragstellende Person infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzt; 3. wenn die antragstellende Person durch rechtskräftiges Urteil aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen ist und seit Rechtskraft des Urteils noch nicht acht Jahre verstrichen sind, Nummer 5 bleibt unberührt; 4. wenn gegen die antragstellende Person im Verfahren über die Richteranklage auf Entlassung oder im Disziplinarverfahren auf Entfernung aus dem Dienst in der Rechtspflege rechtskräftig erkannt worden ist; 5. wenn die antragstellende Person sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das sie unwürdig erscheinen läßt, den Beruf eines Rechtsanwalts auszuüben; 6. wenn die antragstellende Person die freiheitliche demokratische Grundordnung in strafbarer Weise bekämpft; 7. wenn die antragstellende Person aus gesundheitlichen Gründen nicht nur vorübergehend unfähig ist, den Beruf eines Rechtsanwalts ordnungsgemäß auszuüben; 8. wenn die antragstellende Person eine Tätigkeit ausübt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts, insbesondere seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar ist oder das Vertrauen

Percebe-se, portanto, que no Direito Administrativo alemão atualmente em vigor não há qualquer restrição para o registro (e conseqüentemente para a atuação) de advogado junto a uma corte de Justiça em que atua um juiz com o qual ele ou alguém que atue no seu escritório tenha relação de parentesco ou relacionamento pessoal. Foram revogadas as regras da *BRAO* que apareciam no § 20 e que contemplavam esses casos de relacionamento pessoal e relação de parentesco entre juiz e advogado. As novas regras do § 7 contemplam, como vimos, situações de outra natureza, que não dizem respeito ao parentesco entre advogado e juiz. No Direito alemão atualmente vigente, as regras que impedem a atuação do juiz nesses casos encontram-se no âmbito do Direito Processual. Essas medidas processuais serão analisadas agora.

4 Suspeição do juiz nos Direitos Processuais Civil e Penal alemães

4.1 Regulamentação legal geral

No Direito Processual alemão existem dois tipos de vedações à atuação dos juízes no que diz respeito a casos em que eles possam eventualmente ter interesse na causa: a exclusão por força de lei e a suspeição por parcialidade. Ambas estão previstas tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal alemães.

No Código de Processo Civil alemão, essas regras encontram-se nos §§ 41 e 42:

§ 41

Exclusão do Exercício da Função Jurisdicional

Um juiz está excluído do exercício da função jurisdicional por força de lei:

1. nos casos em que ele próprio é parte ou nos quais ele seja credor solidário, devedor solidário ou devedor regressivo junto à parte;
2. nos casos de seu cônjuge, mesmo quando o casamento não exista mais;
- 2a. nos casos de seu companheiro, mesmo quando a união não mais existe;

in seine Unabhängigkeit gefährden kann; 9. wenn die antragstellende Person sich im Vermögensverfall befindet; ein Vermögensverfall wird vermutet, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der antragstellenden Person eröffnet oder die antragstellende Person in das vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2 der Insolvenzordnung, § 882b der Zivilprozessordnung) eingetragen ist; 10. wenn die antragstellende Person Richter, Beamter, Berufssoldat oder Soldat auf Zeit ist, es sei denn, dass sie die ihr übertragenen Aufgaben ehrenamtlich wahrnimmt oder dass ihre Rechte und Pflichten auf Grund der §§ 5, 6, 8 und 36 des Abgeordnetengesetzes oder entsprechender Rechtsvorschriften ruhen”.

3. nos casos de uma pessoa com quem ele tem ou teve parentesco linear por consanguinidade ou por afeição ou parentesco na linha colateral até o terceiro grau por consanguinidade ou até o segundo grau por afinidade;
4. nos casos em que ele foi nomeado procurador ou assistente de uma parte ou atue ou tenha atuado autorizado como representante legal de uma parte;
5. nos casos em que ele tenha sido ouvido como testemunha ou perito;
6. nos casos em que, em instância anterior ou em processo arbitral, ele tenha participado na prolação da decisão, desde que não se trate de participação como juiz delegado ou requisitado;
7. em casos em que ele tiver atuado em uma instância em que o processo teve excessiva duração, quando essa duração constitua a base do pedido de reparação;
8. nos casos em que ele tiver atuado em um processo de mediação ou em outro processo extrajudicial de resolução de conflitos.

§ 42

Recusa de um juiz

- (1) Um juiz pode ser recusado tanto no caso em que ele estiver excluído do exercício de sua função jurisdicional por força de lei quanto no caso de suspeição de parcialidade.
- (2) A recusa em virtude de suspeição por parcialidade ocorre quando houver um motivo que seja apropriado para justificar desconfiança sobre a imparcialidade de um juiz.
- (3) O direito de recusa [do juiz] cabe a ambas as partes (DEUTSCHLAND, [2020d], tradução nossa).²²

²²No original: “§ 41 Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen: 1. in Sachen, in denen er selbst Partei ist oder bei denen er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht; 2. in Sachen seines Ehegatten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; 2a. in Sachen seines Lebenspartners, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht; 3. in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war; 4. in Sachen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist; 5. in Sachen, in denen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist; 6. in Sachen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt; 7. in Sachen wegen überlanger Gerichtsverfahren, wenn er in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt hat, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird; 8. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat. § 42 Ablehnung eines Richters (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. (2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. (3) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Fall beiden Parteien zu.” O § 48, não reproduzido literalmente aqui e que trata da “autorrecusa” do juiz, determina que o juiz deve ser considerado suspeito, mesmo não havendo requerimento da parte, quando ele revelar ter uma relação que justifique sua exclusão ou quando ele externar outro motivo que justifique ser ele considerado excluído por força de lei.

Percebe-se, portanto, que a recusa é mais ampla que a exclusão, englobando-a. Assim, o juiz pode ser recusado por estar excluído “por força de lei” (§ 41 do Código de Processo Civil) ou por suspeição de parcialidade (§ 42 do Código de Processo Civil). O Código de Processo Penal alemão segue a mesma linha:

§ 22

Exclusão do exercício da função jurisdicional por força de lei

Um juiz está excluído do exercício da função jurisdicional por força de lei:

1. quando ele próprio foi vítima do ato criminoso;
2. quando ele é ou foi cônjuge, companheiro, tutor ou curador do acusado ou da vítima;
3. quando ele tem ou teve parentesco linear por consanguinidade ou por afeição na linha direta com a vítima ou com o acusado, ou parentesco na linha colateral até o terceiro grau por consanguinidade ou até o segundo grau por afinidade;
4. quando ele tiver atuado no caso como servidor da promotoria, policial, advogado da vítima ou defensor;
5. quando ele tiver sido ouvido no caso como testemunha ou perito.

§ 23

Recusa de um juiz em virtude de participação na decisão impugnada

(1) Um juiz que tiver participado da prolação de uma decisão impugnada por um meio jurídico está excluído, por força de lei, da participação da decisão em uma instância superior.

(2) [1] Um juiz que tiver participado de uma decisão impugnada através de requerimento por novo julgamento está excluído, por força de lei, da participação em decisões no processo de novo julgamento. [2] Se a decisão impugnada tiver sido tomada em uma instância superior, também o juiz que participou da decisão original na instância inferior está excluído. [3] As proposições 1 e 2 aplicam-se respectivamente para a participação em decisões referentes à preparação de um processo de novo julgamento.

§ 24

Recusa de um juiz; suspeição por parcialidade

(1) Um juiz pode ser recusado tanto no caso em que ele estiver excluído do exercício de sua função jurisdicional por força de lei quanto no caso de suspeição por parcialidade.

(2) A recusa em virtude de suspeição por parcialidade ocorre quando houver um motivo que seja apropriado para justificar desconfiança sobre a imparcialidade de um juiz.

(3) O direito de recusa [do juiz] cabe a ambas as partes (DEUTSCHLAND, [2020c], tradução nossa).²³

Assim, também o Código de Processo Penal distingue a exclusão “por força de lei”, que aparece nos §§ 22 e 23, e a rejeição por “suspeição de imparcialidade”, prevista no § 24.²⁴

No caso da rejeição “por força de lei”, o motivo da rejeição está, como indica a própria denominação da medida processual, previsto expressamente em lei. Trata-se, no Processo Civil, dos motivos previstos no § 41 do Código de Processo Civil, que, como vimos, englobam casos em que o juiz é parte, tem relação de parentesco com a parte, foi procurador da parte, atuou como perito, árbitro ou mediador, bem como casos em que ele tiver participado da decisão de um processo que teve longa duração. No Processo Penal, como também vimos, a rejeição por “força de lei” aparece em dois parágrafos. O primeiro deles, o § 22 do Código de Processo Penal, trata de situações em que o juiz foi vítima do crime, tem ou teve relação de parentesco (ou de união estável) com o acusado ou com a vítima, ou atuou no caso como servidor público, testemunha ou perito. O segundo deles, o § 23, trata dos casos em que o juiz atuou na prolação da decisão impugnada.

A rejeição por suspeição de imparcialidade engloba todos os outros motivos não previstos em lei que possam, de algum modo, levar à suspeita de imparcialidade do juiz. Como vimos, ela está prevista no § 42 do Código de Processo Civil e no § 24 do Código de Processo Penal. Em ambos os

²³ No original: “§ 22 Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, 1. wenn er selbst durch die Straftat verletzt ist; 2. wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des Beschuldigten oder des Verletzten ist oder gewesen ist; 3. wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war; 4. wenn er in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist; 5. wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist; § 23 Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung (1) Ein Richter, der bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung in einem höheren Rechtszug kraft Gesetzes ausgeschlossen. (2) Ein Richter, der bei einer durch einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen. Ist die angefochtene Entscheidung in einem höheren Rechtszug ergangen, so ist auch der Richter ausgeschlossen, der an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung in einem unteren Rechtszug mitgewirkt hat. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die Mitwirkung bei Entscheidungen zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeverfahrens. § 24 Ablehnung eines Richters; Besorgnis der Befangenheit (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. (2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. (3) Das Ablehnungsrecht steht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger und dem Beschuldigten zu. Den zur Ablehnung Berechtigten sind auf Verlangen die zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen namhaft zu machen”.

²⁴ A respeito dessa distinção, ver Zwiehoff (2013, p. 5).

casos, ela pode ser requerida por ambas as partes, não apontando a lei o motivo concreto. Tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal, a lei determina apenas que o juiz será recusado quando houver “motivo que seja apropriado para justificar desconfiança sobre a imparcialidade de um juiz” (§ 42, Código de Processo Civil; § 24, Código de Processo Penal).

Essa previsão legal é consideravelmente abstrata, exigindo, quando de sua aplicação, uma interpretação que avalie se o motivo alegado pela parte constitui, de fato, “motivo que seja apropriado para justificar desconfiança sobre a imparcialidade de um juiz”. O Tribunal Constitucional Federal alemão já decidiu que, para se justificar a suspeição, não é preciso provar que o juiz de fato agiu ou agirá de forma imparcial, bastando a demonstração da aparência da parcialidade. Ou seja, para o Tribunal, o juiz não precisa de fato ser parcial ou suspeito; se, após uma “avaliação razoável” das circunstâncias, houver dúvidas sobre sua imparcialidade, justifica-se a suspeição (DEUTSCHLAND, 2003).²⁵ Essa orientação geral ainda é, contudo, indeterminada. Assim, a fim de verificar se o fato de o juiz da causa ter relacionamento pessoal ou relação de parentesco com o advogado da causa ou com um advogado que atue no escritório do advogado da causa ensejaria suspeição, é preciso analisar a doutrina e a jurisprudência alemãs sobre a matéria. É o que passamos a fazer agora.

4.2 Relacionamento pessoal e relação de parentesco entre advogado e juiz no Direito alemão

Como acabamos de ver, tanto no Código de Processo Civil quanto no Código de Processo Penal alemães não existem normas específicas impedindo que o juiz que tem relacionamento com advogado de uma das partes ou com advogado que atua no escritório de uma das partes atue como juiz da causa. Isso naturalmente não significa que tais vedações não existam no ordenamento jurídico alemão. A fim de se verificar se e em que medida elas existem, é preciso estudar a casuística referente ao tema, que é o que passamos a fazer agora. Nossa análise será dividida em quatro subseções, correspondentes aos seguintes casos: o juiz da causa possui relação de parentesco com o advogado que representa uma das partes (seção 4.2.1), o juiz da causa possui relacionamento pessoal com o advogado que representa uma das partes (seção 4.2.2), o juiz da causa possui relação de parentesco com um advogado que trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado que representa uma das

²⁵ Essa diretriz do Tribunal vai ao encontro da ideia de que “a justiça não só precisa ser realizada, mas também precisa ser percebida como realizada” (“justice must not only be done: it must also be seen to be done”); a esse respeito, ver Kierzkowski (2016, p. 17-20).

partes (seção 4.2.3) e, por fim, o juiz da causa possui relacionamento pessoal com um advogado que trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado que representa uma das partes (seção 4.2.4).

4.2.1 Relação de parentesco entre o juiz da causa e o advogado que representa uma das partes

Há algumas decisões judiciais estaduais tratando do impedimento do juiz em virtude de relação de parentesco com o advogado da causa (MEINERT, 2015, p. 74), mas não decisões de tribunais superiores. Contudo, isso não significa, em nosso entendimento, que a questão não seja considerada importante no Direito alemão. Pelo contrário. A ausência de decisões federais nesse sentido parece revelar o caráter evidente da suspeição do juiz quando ele possui relação de parentesco com advogado da causa. Por um lado, a relação de parentesco entre juiz e advogado da causa não se encaixa nas previsões dos §§ 41 do Código de Processo Civil e 22 do Código de Processo Penal, que tratam da recusa do juiz por força de lei.

Como ressalta Vollkommer (2001), há uma decisão da Justiça Estadual de Schleswig-Holstein que considerou haver uma lacuna em casos como esse, ou seja, em caso de parentesco entre juiz e advogado. A Justiça de Schleswig-Holstein preencheu a suposta lacuna mediante a aplicação, por analogia, de dispositivos da Lei de Processo Administrativo.²⁶

Em nosso entendimento, não há lacuna, pois essa situação se enquadra nos §§ 42 do Código

de Processo Civil e 24 do Código de Processo Penal, que tratam da suspeição por parcialidade. Trata-se antes de concretização da norma geral, o que demanda, naturalmente, interpretação. A relação de parentesco entre juiz e advogado da causa se encaixa no conceito geral de “motivo que seja apropriado para justificar desconfiança”, previsto nos §§ 42 do Código de Processo Civil e 24 do Código de Processo Penal.

O fato de a jurisprudência alemã determinar que há suspeição do juiz quando ele possui relação de parentesco com advogado que trabalha em escritório no qual também trabalha o advogado da causa (como veremos na seção 4.2.3) indica que a relação de parentesco com o próprio advogado da causa, que de modo geral tende a constituir um vínculo mais próximo, é também motivo suficiente para a suspeição.

4.2.2 Relacionamento pessoal entre o juiz da causa e o advogado que representa uma das partes

Existe relacionamento pessoal, entre outros casos, quando há amizade, relação amorosa, noivado, contato social próximo, mas também inimizade (MEINERT, 2015, p. 75). Quando se trata de relacionamento pessoal entre juiz e advogado da causa, é preciso distinguir os casos em que o juiz conhece superficialmente o advogado e os casos de relacionamento próximo, como amizade e relacionamento amoroso diverso da união estável (pois esta, de acordo com o § 41, 2a, do Código de Processo Civil e o § 22, 2, do Código de Processo Penal, embora não constitua vínculo de parentesco, é equiparada, pelo Direito alemão, para fins de suspeição, ao casamento, justificando a exclusão por força de lei) (MEINERT, 2015, p. 76).²⁷

²⁶ Os dispositivos aplicados por analogia foram o § 20 da Lei (Federal) de Processo Administrativo, que exclui o servidor público da participação em processo administrativo que trata de interesse de cônjuge e outros parentes, em combinação com a Lei Estadual de Processo Administrativo (ver LSG Schleswig, 05.03.1998 – L 5 S 2/98) (SCHLESWIG-HOLSTEIN, 1998).

²⁷ No mesmo sentido, ver Riedel (1980, p. 92).

Nos casos de relacionamento próximo, como amizade, relacionamento amoroso e a ainda ser o advogado da causa advogado do próprio juiz em outra causa, não há, segundo Meinert (2015, p. 76), dúvida da existência da suspeição do juiz. A jurisprudência alemã majoritária também caminha nesse sentido,²⁸ mas há exceções: em 2011, a Justiça Estadual Social da Saxônia determinou que um juiz que se tinha declarado suspeito por ser amigo da família do advogado da causa não estava impedido.²⁹

Por outro lado, nos casos em que o juiz conhece superficialmente o advogado da causa, não há que se falar em suspeição (MEINERT, 2015, p. 77). Assim, por exemplo, o Tribunal Federal decidiu que o mero fato de o juiz ser membro de uma associação em que também o advogado da causa é membro não é suficiente para configurar sua suspeição.³⁰ Segundo Meinert (2015), no Direito alemão geralmente se considera que, quando a relação ocorre no âmbito de uma associação com mais de 200 membros, não há um vínculo de proximidade suficiente para justificar a suspeição. Por outro lado, quando ambos, juiz e advogado, são membros de uma associação com pequeno número de membros (ou seja, menos de 200), a tendência é considerar estar a suspeição fundamentada.³¹ Há, porém, exceções: em alguns casos a Justiça considerou que o mero fato de juiz e advogado serem membros de associações com pequeno número de membros (ou seja, menos

de 200 membros) é insuficiente para configurar caso de suspeição.³²

4.2.3 Relação de parentesco entre o juiz da causa e um advogado que trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado que representa uma das partes

No caso descrito na subseção 4.2.1, ou seja, parentesco entre o juiz da causa e o advogado que atua no processo, a imparcialidade do juiz parece ser mais evidente que no caso que se analisa nesta subseção, ou seja, relação de parentesco entre o juiz da causa e um advogado que trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado da causa. Nesses casos poder-se-ia alegar que a pessoa com quem o juiz possui relação de parentesco não pratica atos no processo em questão e que, portanto, a suspeição seria meramente subjetiva. Contudo, a jurisprudência alemã entende que, em casos como esse, deve o juiz ser recusado por suspeita de imparcialidade. O Tribunal Federal decidiu, em 2012, que um juiz pode ser recusado em virtude de suspeição de imparcialidade quando seu cônjuge atua como advogado no escritório que defende uma das partes (DEUTSCHLAND, 2012). Essa tendência foi confirmada pelo Tribunal Federal em recente decisão, proferida em 2018.³³

4.2.4 Relacionamento pessoal entre o juiz da causa e um advogado que trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado que representa uma das partes

Embora não sejam comuns decisões judiciais individuais tratando de recusa de juiz quando ele tem relacionamento pessoal com um advogado

²⁸ Por exemplo, uma Corte Superior de Munique decidiu que o fato de o advogado de uma das partes ter sido padrinho de casamento do juiz como motivo suficiente para a suspeição (OLG München, 08.02.2013 – 9 W 2250/12) (MÜNCHEN, 2013).

²⁹ Ver LSG Sachsen, 27.09.2011 – L 7 SF 114/11 AB (SACHSEN, 2011).

³⁰ No caso em questão, juiz e advogado da causa eram membros da *Associação de Proteção Jurídica do Comércio e de Direitos Autorais* (BGH, 11.12.2002 – VI ZA 8/02) (DEUTSCHLAND, 2002).

³¹ Ver BGH, 11.12.2002 – VI ZA 8/02 (DEUTSCHLAND, 2002).

³² Ver OLG Schleswig, 17.10.1995 – 16 W 234/95 (SCHLESWIG-HOLSTEIN, 1995).

³³ Ver também BGH, 21.06.2018 – I ZB 58/17 (DEUTSCHLAND, 2018).

que, embora não atue no processo que está sendo dirigido pelo juiz, trabalha no mesmo escritório em que trabalha o advogado da causa, segundo Meinert (2015, p. 75) aplicam-se nesse caso as diretrizes analisadas na seção 4.2.2, que dizem respeito à relação pessoal entre juiz e advogado da causa. Como vimos, quando há uma relação pessoal entre juiz e advogado da causa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência alemãs consideram haver motivo para suspeição do juiz. Por outro lado, como também vimos, quando a relação for a de mero conhecimento, não há que se falar em suspeição.

Portanto, quando o juiz mantém relação pessoal forte com um advogado que trabalhe no mesmo escritório em que trabalha o advogado de uma das partes – sendo, por exemplo, dele amigo próximo ou namorado –, justifica-se a suspeição. Por outro lado, quando o juiz meramente “conhece” um advogado que trabalha no escritório onde trabalha o advogado que defende uma das partes, não há que se falar em suspeição.

5 Conclusão

O “princípio” da imparcialidade do juiz, consagrado no ordenamento jurídico alemão, exige que o juiz não tenha interesse na causa que julga. O comando normativo da imparcialidade é uma regra no sentido das teorias de Dworkin e Alexy, pois não constitui um comando *prima facie* (princípio no sentido de Dworkin), nem um comando de otimização (princípio no sentido de Alexy). Embora não possam ser ponderadas, de acordo com a teoria de Alexy, as regras admitem exceções que decorrem geralmente da ponderação entre o princípio que justifica a regra e um princípio que com ela colide. O caso da “regra da imparcialidade” é extremamente interessante por constituir exemplo de uma regra que não admite exceções. Assim, mais do

que não poder ser ponderada (por não ser um princípio), a regra da imparcialidade não pode deixar de ser aplicada. Não se admite abrir uma exceção à regra da imparcialidade em nome de um princípio que se choca com o princípio que a justifica (o princípio da igualdade). Assim, por exemplo, não se admite rejeitar o pedido de suspeição por imparcialidade de um juiz sob a alegação de que a rejeição do pedido torna o processo mais demorado.

A eficiência da prestação jurisdicional pode ser considerada um princípio no sentido das teorias de Dworkin e Alexy, pois é um comando *prima facie* (Dworkin) ou um comando de otimização (Alexy). A igualdade também pode ser considerada, nessas teorias e pelas mesmas razões, um princípio. O comando de que o juiz deve ser imparcial, seja ele explícito ou implícito, constitui uma regra que é o resultado de uma ponderação entre o princípio da igualdade e outros princípios (entre eles o princípio da eficiência da prestação jurisdicional). Como resultado de uma ponderação, ele não pode ser ponderado. Como vimos, regras podem admitir exceções, mas a regra da imparcialidade não as admite. Isso significa que, *em todos os casos* em que o juiz puder ser considerado parcial, ele não deve atuar.

Há muitos motivos que podem levar o juiz a perder a imparcialidade necessária para um julgamento justo. Os motivos analisados neste artigo – relações de parentesco e relacionamentos pessoais entre juiz e advogado – constituem apenas alguns dentre esses vários motivos. A análise realizada mostrou que o Direito alemão adotava um meio administrativo para evitar a atuação dos juízes nesses casos. Trata-se das vedações que constavam no § 20 da Lei Federal dos Advogados, as quais determinavam que o advogado não poderia sequer ser registrado como advogado junto a uma corte (i) quando ele tivesse sido contratado como juiz ou servidor estável no

âmbito da Justiça estadual junto à qual ele estava requerendo o registro, (ii) quando seu cônjuge trabalhasse nessa corte, (iii) quando ele fosse ou tivesse sido parente consanguíneo ou por afinidade em linha reta e em linha colateral até o terceiro grau no caso de parentes consanguíneos e até segundo grau no caso de parentes por afinidade de um juiz da corte junto a qual ele estava requerendo o registro e, por fim, (iv) quando ele quisesse obter o registro junto a uma corte superior estadual sem ter antes atuado por cinco anos em uma corte estadual ou em uma corte de primeira instância. As hipóteses (ii) e (iii), que se relacionam ao tema investigado neste artigo, eram extremamente restritivas. Elas foram revogadas em 2001, mas isso não significou que a questão deixou de ser regulamentada positivamente pelo Direito alemão, passando assim a ser permitida. Os meios processuais, que a rigor já existiam quando estava em vigor o § 20 da Lei Federal dos Advogados, passaram, com a revogação desse dispositivo em 2001, a ser os únicos meios existentes para efetivar a regra da imparcialidade em casos de relação de parentesco ou relacionamento pessoal entre juiz e advogado.

Pode parecer, à primeira vista, que algo se perdeu em termos de proteção. Na verdade, isso não ocorreu, pois a jurisprudência alemã, quando da concretização das normas dos §§ 41 e 42 do Código de Processo Civil e 22 a 24 do Código de Processo Penal, conseguiu estabelecer critérios razoáveis que impedem a atuação de juízes que mantêm relacionamento com advogado.

Assim, a revogação da vedação administrativa que existia até 2001 não deve ser vista como enfraquecimento dos meios de proteção à imparcialidade do juiz, mas como uma medida que revela confiança na capacidade de o judiciário alemão, através dos meios processuais, fazer valer a regra da imparcialidade.

Sobre os autores

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno é doutor e mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor titular de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: a.travessoni@gmail.com

Júlio Aguiar de Oliveira é doutor e mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil.
E-mail: j.aguiardeoliveira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Suspeição do juiz por relacionamento pessoal ou relação de parentesco com advogado no Direito alemão. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 149-174, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p149

(APA)

Trivisonno, A. T. G., & Oliveira, J. A. de (2021). Suspeição do juiz por relacionamento pessoal ou relação de parentesco com advogado no Direito alemão. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 149-174. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p149

Referências

ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 163-198.

_____. The dual nature of law. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 167-182, June 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>. Disponível em: [http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Alexy_Literature/Alexy,%20Robert%20\(2010\),%20The%20Dual%20Nature%20of%20Law.pdf](http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Alexy_Literature/Alexy,%20Robert%20(2010),%20The%20Dual%20Nature%20of%20Law.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 582).

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 436).

_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: KRAWIETZ, Werner; OPALEK, Kazimierz; PECZENIK, Aleksander; SCHRAMM, Alfred (hrsg.). *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979. p. 59-87. (Rechtstheorie, 1).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 2. (Os Pensadores).

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Justiça e Direito).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2. überarb. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. (Schriften zur Rechtstheorie, 14).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Brasília, DF: CNJ, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DEUTSCHLAND. Bundesgerichtshof (1. Zivilsenat). *I ZB 58/17*. Ein Richter kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn seine Ehegattin als Sekretärin der Rechtsanwaltskanzlei tätig ist, die den Gegner vor diesem Richter vertritt, wenn aus der Sicht einer verständigen Prozesspartei unter Berücksichtigung der Umstände die Besorgnis besteht, dass der Prozessbevollmächtigte des Gegners auf die Ehefrau und diese wiederum auf den Richter unzulässig Einfluss nimmt. Richterinnen und Richter: Richter Prof. Dr. Koch und Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmalz am 21. Juni 2018. Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=88952&pos=0&anz=1>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Bundesgerichtshof (5. Zivilsenat). *V ZB 102/11*. Ein Richter kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn sein Ehegatte als Rechtsanwalt in der Kanzlei tätig ist, die den Gegner vor diesem Richter vertritt. Richterinnen und Richter: Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub am 15. März 2012. Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=60117&pos=0&anz=1>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Bundesgerichtshof (6. Zivilsenat). *VI ZA 8/02*. Das Ablehnungsgesuch des Antragstellers gegen den Richter am Bundesgerichtshof Dr. G. wird als unbegründet zurückgewiesen. Richterinnen und Richter: Vorsitzende Richterin Dr. Müller, die Richterin Diederichsen und die Richter Pauge, Stöhr und Zoll am 11. Dezember 2002. Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=24937&pos=0&anz=1>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Bundesrechtsanwaltsordnung*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2020a]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/brao/BJNR005650959.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Bundesrechtsanwaltsordnung. *Bundesgesetzblatt*: Teil I, Bonn, n. 35, p. 565-609, 6. Aug. 1959. Disponível em: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl159s0565.pdf%27%5D__1615916431516. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Bundesverfassungsgericht (Zweiten Senats). *2 BvR 383/03*. Die Selbstablehnung des Richters Jentsch wird für begründet erklärt. Bevollmächtigte: Professor Dr. jur. Jörn Ipsen. Richterinnen und Richter: Vizepräsident Hassemer, Sommer, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübke-Wolff am 18. Juni 2003. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2003/06/rs20030618_2bvr038303.pdf;jsessionid=7D565DC1C1B672F2B36390433D2450E8.1_cid386?__blob=publicationFile&v=1. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Deutsches Richtergesetz*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2019]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/drigr/BJNR016650961.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. [Grundgesetz (1949)]. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2020b]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Strafprozeßordnung (StPO)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2020c]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Zivilprozessordnung*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [2020d]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

DWORKIN, Ronald. The model of rules I. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977a. p. 14-45.

_____. The model of rules II. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977b. p. 46-80.

EBERLE, Edward J. The method and role of comparative law. *Global Studies Law Review*, Washington, DC, v. 8, n. 3, p. 451-486, Jan. 2009. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol8/iss3/2/. Acesso em: 16 mar. 2021.

GAIER, Reinhard; WOLF, Christian; GÖCKEN, Stephan (hrsg.). *Anwaltliches Berufsrecht*: BORA, BRAO, EMRK, EuRAG, FAO, GG, RDG, RDGEG, Anwaltshaftung: Kommentar. 3. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 2020.

KIERZKOWSKI, Karolina. *Die Unparteilichkeit des Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. (Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften, 66).

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. erg. Aufl. Berlin: Heidelberg; New York: Springer, 1979. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft).

MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81424/181912.pdf?jsessionid=ED8F5AC5F9A42E5A68990BA53F78C31A?sequence=1>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MEINERT, Volker. *Befangenheit im Rechtsstreit*. Berlin: Erich Schmidt, 2015.

MÜNCHEN. Oberlandesgericht (9. Zivilsenat). *9 W 2250/12*. Die Enge Freundschaft des Richters mit Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin in selbstständigem Beweisverfahren rechtfertigt Annahme der Befangenheit. Am 8. Februar 2013. Disponível em: https://www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/2098.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Sistema de regras?: uma crítica à concepção positivista do direito como sistema de regras. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 46, n. 181, p. 17-28, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194891>. Acesso em: 16 mar. 2021.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, [New Haven], v. 81, n. 5, p. 823-854, Apr. 1972. DOI: <https://doi.org/10.2307/795152>. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/569/. Acesso em: 16 mar. 2021.

RIEDEL, Joachim. *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, Befangenheit und Parteilichkeit, im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980. (Schriften zum Prozessrecht, 65).

SACHSEN. Landessozialgerichts (7. Senat). *L 7 SF 114/11 AB*. Die private freundschaftliche Beziehung eines Richters zu einem Prozessbevollmächtigten ist regelmäßig nicht geeignet, einen Verfahrensbeteiligten an dessen Unvoreingenommenheit im gerichtlichen Verfahren zweifeln zu lassen. Am 27. September 2011. Disponível em: https://www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/1649.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

SCHLESWIG-HOLSTEIN. Landessozialgericht (5. Senat). *L 5 S 2/98*. Besorgnis der Befangenheit - Eheverhältnis zwischen Richterin und Prozeßbevollmächtigtem. Am 5. März 1998.

_____. Oberlandesgericht (16. Zivilsenat). *16 W 234/95*. Mitgliedschaft des Richters in demselben Verein wie Ehegatte einer Partei. Am 17. Oktober 1995.

SINANI, Blerton; SHANTO, Klodi. Methods and functions of comparative law. *Acta Universitatis Danubius. Juridica*, [Galați], v. 9, n. 2, p. 25-40, 2013. Disponível em: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/1975>. Acesso em: 16 mar. 2021.

STEINFATT, Gabriele. *Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2012. (Europa-Institut (Saarbrücken). Sektion Rechtswissenschaft: Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, 87).

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (org.). *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 185-212.

VOLLKOMMER, Gregor. *Der ablehnbare Richter: die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots richterlicher Unparteilichkeit im Prozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 90).

ZWIEHOFF, Gabriele. *Der Befangenheitsantrag im Strafverfahren*. 2. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2013. (Anwaltstart).

Teoria constitucional do Direito do Trabalho brasileiro na perspectiva de Oliveira Vianna

VITOR SALINO DE MOURA EÇA
BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA

Resumo: Com base no método dialético e na técnica de pesquisa documental indireta, este artigo analisa as principais ideias defendidas por Oliveira Vianna e, com base nelas, uma teoria constitucional supostamente adaptada à realidade brasileira, sem prejuízo da ausência de originalidade e da presença de oscilações e fragilidades. O Estado teorizado por Oliveira Vianna era unitário, centralizador, interventor, autoritário e corporativista; rechaçava a federação, a maior autonomia dos estados federados, a democracia pautada em partidos políticos e os movimentos comunistas e socialistas; tal Estado seria sustentado por um pretense regime democrático corporativo (ou de classes) e cristão. Posteriormente, com base nessa teoria constitucional defendida por Oliveira Vianna, compuseram-se aqui categorias analíticas com o objetivo de manejá-las na condição de alicerces constitutivos do Direito do Trabalho brasileiro, o que permitiu uma resposta ao problema impulsionador desta pesquisa.

Palavras-chave: Teoria constitucional brasileira. Direito do Trabalho brasileiro. História do Direito do Trabalho nacional.

Constitutional theory of Brazilian labor law from Oliveira Vianna's perspective

Abstract: This article, based on the dialectical method and the indirect documentary research technique, analyzed the main ideas defended by Oliveira Vianna and, from them, an alleged constitutional theory was extracted supposedly adapted to the Brazilian reality, without prejudice to the claim of absence of originality and the presence of oscillations and weaknesses. The State, theorized by Oliveira Vianna, was unitary, centralizing, intervening, authoritarian and corporatist. On the other hand, it rejected the existence of the federation, the greater autonomy of the federated states, democracy based on political parties and communist and

Recebido em 7/7/20
Aprovado em 10/8/20

socialist movements. This state was supported by a so-called corporate (or class) democratic and Christian regime. Later, based on this constitutional theory defended by Oliveira Vianna, analytical categories were formed whose objective was to manage them as the constitutive foundations of Brazilian labor law, which allowed a response to the problem that is driving this research.

Keywords: Brazilian constitutional theory. Brazilian labor law. History of national labor law.

1 Introdução¹

O Direito do Trabalho brasileiro aflorou no início do século passado. Na sua origem, houve vários contributos formativos cujo descortino é imprescindível para sua compreensão atual. Sem a reconstrução desse alicerce constitutivo, ainda que parcial, a interpretação do estágio atual parece deficiente. Há características marcantes em sua genealogia capazes de justificar certos caminhos adotados, novas perspectivas e introduzir propostas de rupturas.

Um dos grandes contributos para a formação do Direito do Trabalho brasileiro foi a teoria defendida por Francisco José de Oliveira Vianna (1883-1951). Certamente, não foi a única e aqui, explicitamente, surge uma limitação nesta pesquisa. Seus escritos sociológicos e jurídicos e sua participação efetiva na burocracia estatal e na elaboração de atos normativos constitucionais, sindicais e referentes à instituição da Justiça do Trabalho no Brasil marcaram a institucionalização do Direito do Trabalho, e muitos signos daquela época são úteis para a sua compreensão, bem como de suas correntes contradições. Na perspectiva de Oliveira Vianna, parece subentendida uma teoria constitucional que deu oportunidade à estruturação e, em parte, ao surgimento do Direito do Trabalho brasileiro; trouxe-lhe contornos fundamentais e impôs limites quase intransponíveis.

Esta pesquisa busca resposta ao seguinte problema: houve uma teoria constitucional de Oliveira Vianna incrustada nas bases do Direito do Trabalho brasileiro? O método de desenvolvimento da pesquisa é o dialético: compreende a realidade em movimento como contraditória e em permanente transformação (MARTINS; THEÓPHILO, 2009, p. 49). Para a composição deste estudo, adotou-se a técnica de pesquisa indireta

¹ Alguns trechos desta pesquisa, com adaptações, foram extraídos de Fonseca (2019).

nas modalidades documental e bibliográfica, ou seja, analisaram-se documentos públicos, estatísticas, fontes normativas e bibliografia tornada pública.²

O artigo objetiva, na condição de ficha de leitura, sumariar as principais ideias de Oliveira Vianna para a formação de uma teoria constitucional, bem como enfrentar o problema da pesquisa ao examinar – em leitura contemporânea, mas não anacrônica – suas contribuições para a formação de uma teoria constitucional abastecedora do Direito do Trabalho brasileiro.

2 Principais ideias defendidas por Oliveira Vianna e seu alinhamento com uma teoria constitucional brasileira

A teoria de Oliveira Vianna pretende responder à questão de como seria possível construir e organizar o Estado brasileiro, o que exigiria necessariamente a organização do povo e de sua consciência coletiva, bem como o repúdio ao individualismo, com sua integração no grupo social. Duas de suas principais ideias, presentes em quase todas as suas obras, aludem à unidade e à centralização do Estado como meios para organizar a nação e, ao mesmo tempo, rechaçar a desarticulação, a fragmentação e a falsa noção de liberdade (VIANNA, 1974, p. 7-13).

Talvez o grande diferencial de sua abordagem, ao menos no plano teórico, seja realizar essa análise com base na realidade do povo brasileiro, em proposta mais concreta e menos abstrata (VIANNA, 1933, p. 29-31). De diversas maneiras, seus textos buscaram descortinar a realidade brasileira e assentá-la em teorizações capazes de moldá-la e modificá-la, com o propósito de permitir o desenvolvimento nacional.

² Com base em classificação exposta por Marconi e Lakatos (2010, p. 48-57).

Segundo Vianna (1939), o fracasso da Constituição imperial de 1824 e da republicana de 1891 decorreu do afastamento dessas construções da realidade nacional. O problema da democracia no Brasil, em sua visão, estava mal posto, porque feito à maneira inglesa, francesa e americana, mas nunca à brasileira. Em seu diagnóstico, na Europa e nos EUA todo o problema da democracia concentrara-se na organização do sistema eleitoral e na lisura do voto, porquanto havia nessas realidades uma opinião popular poderosa, militante, organizada, segura da sua força e dos seus direitos. No Brasil, porém, o problema fundamental da organização democrática era distinto. Antes do voto, caberia ao País enfrentar o dilema da organização das fontes de opinião. Urgiria suprir pela ação consciente do indivíduo e do Estado aquilo que a evolução histórica ainda não concedera: estrutura, organização e consciência coletiva. O voto no Brasil somente ganharia relevância quando a opinião se organizasse (VIANNA, 1939, p. 13-15). Ademais, o sufrágio universal, conforme exposto por Alberto Torres e assumido por Oliveira Vianna, era apenas um dos meios de revelação do sentido popular. Seria um erro imputar ao povo responsabilidade pelos equívocos e esperar dele a iniciativa por reformas e movimentos reparadores (VIANNA, 1930, p. 15-16).

Vianna (1939, p. 9-10) critica os idealistas ao conceberem uma Constituição inadequada para um povo novo, ainda em formação, cujas classes sociais, mesmo as mais elevadas, não tiveram tempo histórico para adquirir uma sequer mediana educação política, e em um país dominado pela política de clã, onde havia regiões inteiras talhadas ainda por sanguinolentas lutas de família, com grupos partidários organizados sob forma de bandos que se entrechocavam, não por ideias, mas por ódios personalíssimos e rivalidades locais de mandonismo.

Ao criticar o idealismo constitucional, Oliveira Vianna aborda dois tipos idealistas: (a) o idealismo utópico fundado em todo sistema doutrinário e/ou conjunto de aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade que pretendia reger e dirigir por desconsiderar os dados da experiência; e (b) o idealismo orgânico cuja fecundidade decorre da evolução orgânica da sociedade e materializa visões antecipadas de uma evolução cultural. É, na essência, a mesma definição de *idealismo fundado na experiência* por ser orientado pela observação do povo e do meio (VIANNA, 1939, p. 10-12).

Na visão de Vianna (1939), o Brasil apenas praticava o idealismo utópico e, por essa razão, desde a independência fracassara na realização de uma definitiva organização social e política de seu povo. As causas desse idealismo utópico no Brasil foram diversas, mas se concentravam especialmente no sistema educacional pautado no ensino religioso, na formação em universidades fora do País e na coincidência histórica entre a fase da nossa organização política e o grande movimento de reivindicação democrática, que renovou por inteiro os fundamentos políticos do Velho Mundo e influenciou nossa maneira organizacional (VIANNA, 1939, p. 13-20).

Na síntese de Oliveira Vianna, as democracias contemporâneas estavam classificadas em dois grupos: (a) democracias de opinião organizada; (b) democracias sem opinião organizada, de opinião infusa, inorgânica ou inarticulada. Os ingleses e os norte-americanos pertenciam ao primeiro grupo, e os brasileiros, ao segundo (VIANNA, 1939, p. 14-15).

Assim, um dos grandes problemas da organização política nacional estava em fazer evoluir a nossa democracia de sua condição atual para uma democracia de opinião organizada. Teoricamente, numa democracia os partidos seriam fontes legítimas da vontade do povo.

Contudo, urgia criar órgãos de expressão dos interesses dos grupos e da vontade geral, isto é, um novo modo de participação do povo nos destinos do Estado. Segundo Oliveira Vianna, duas soluções apresentavam-se como possíveis. A primeira correspondia à instituição de partido único, ao passo que a segunda implicaria a criação de fontes de opinião pelo chamado às classes organizadas e aos seus órgãos representativos, com base em novas técnicas de revelação da vontade geral (VIANNA, 1939, p. 14-202). Esta segunda maneira admitiria a participação política de pessoas não integrantes da *classe política*. Os atos normativos deveriam ser feitos pela classe governante juntamente com as demais classes participantes no Estado por meio de corporações. O povo deixaria de ser o *povo abstrato* para ser representado pelo conjunto de suas classes sociais (VIANNA, 1930, p. 154-174).

A pretensa democracia desenhada para o Brasil por Oliveira Vianna repele a adoção do partido único, por materializar uma pequena minoria da população, uma elite de indivíduos voltados, supostamente ou não, à causa coletiva, ao interesse do País. Ao partido único, de antemão, faltaria representatividade de toda a opinião pública, por inexistirem na psicologia coletiva do povo brasileiro condições para a construção de mística viva e orgânica capaz de caminhar para um objetivo preciso, como o nacionalismo imperialista dos italianos de Mussolini ou o nacionalismo racista dos alemães de Hitler. De acordo com Oliveira Vianna, esse contexto nascera das circunstâncias dramáticas vividas pela Itália e pela Alemanha, e não foram fruto da vontade dos homens que as encarnaram. Em última análise, no Brasil o partido único tornar-se-ia oligarquia única (VIANNA, 1939, p. 202-204).

Para Vianna (1939), houve erro histórico em nossa organização política ao amoldar os partidos políticos aos das grandes nações demo-

cráticas (Inglaterra e Estados Unidos). Nesses países, verdadeiramente democráticos, haveria programas reais e realizáveis. Nessas agremiações, obviamente, surgiam ambições pessoais; todavia, eles não se confundiam com os nossos. Pautados muitas vezes pelos interesses privados, concomitantemente expressavam aspirações coletivas decorrentes da opinião popular. Essa constatação explicaria a sua inclusão, naqueles países, entre as forças que deveriam concorrer e colaborar para a constituição dos órgãos dos poderes públicos. No Brasil, a situação era distinta, porquanto nunca representaram interesses coletivos (VIANNA, 1939, p. 181-182). A criação dessas agremiações políticas somente deveria ocorrer após a organização do povo e das classes sociais. Além disso, a capacidade política do povo brasileiro era posta em xeque por Oliveira Vianna: faltar-nos-ia a qualidade de *animal político* presente nos anglo-saxões. Estávamos aqui ainda na fase do patriotismo tribal (VIANNA, 1930, p. 37-122).

Nesse contexto, Vianna (1951, p. 160-165) defendeu um modelo de democracia denominado *democracia de classes* ou *corporativa* (e não de partidos) e *cristã* (e não social). Seria uma alternativa entre o regime parlamentar europeu e o regime presidencialista americano e, forçosamente, a seu juízo, respeitaria as peculiaridades nacionais (VIANNA, 1930, p. 35-36). A democracia agregada pelo adjetivo *classista* ou *corporativa* consubstanciava-se na participação popular pela integração do povo nas corporações (na expressão de Oliveira Vianna, estas seriam as fontes democráticas), o que a diferenciava da participação mediada pelos partidos políticos. Nesse rol corporativo, eram incluídos conselhos técnicos, conselhos de classe, representações classistas e, sobretudo, associações sindicais profissionais e patronais, cujo papel seria consultivo, normativo e de julgamento de determinadas questões. A inserção dessas

corporações evidenciava a falha na crença da competência onisciente do Parlamento e na sabedoria infinita e inquestionável dos homens de Estado (VIANNA, 1930, p. 193). Dessa maneira, acabar-se-ia com intermediários entre povo e governo, e a vontade geral revelar-se-ia pela organização associativa. Para Vianna (1974), o século XX seria o do corporativismo sindical e isso seria potencializado com a vitória da democracia no pós-guerra, por não serem essas agremiações ontologicamente instituições autoritárias e existirem diversos modos de se fazer o corporativismo, inclusive sob a forma democrática. Haveria, assim, o triunfo do sindicalismo de aproximação e colaboração com o Estado contra o sindicalismo de abstenção ou de luta contra o Estado (VIANNA, 1974, p. 86-89).

A democracia, especialmente a partir da Revolução Francesa, seria do tipo individualista. Haveria fobia quanto à existência do grupo e, conseqüentemente, contra o sistema sindical e corporativo. Para Vianna (1974, p. 70-74), a comuna de Paris, o desenvolvimento das organizações sindicais e das sociedades anônimas, a Revolução Russa (1917), o fascismo (1922) e o nazismo (1933) foram, cada uma à sua maneira, reações anti-individualistas e etapas da evolução do pensamento corporativista. O Estado corporativo, porém, seria unitário, autoritário e centralizador, como uma entidade imanente à sociedade e não transcendente a ela. Nesse Estado, tudo tenderia à integração, à coesão, à unificação (VIANNA, 1991, p. 154-155).

O predicado *cristão* associado à democracia,³ por sua vez, decorre da tentativa de analisar propostas religiosas com cientificidade. Há defesa explícita da doutrina social da igreja católica. Oliveira Vianna, contudo, a todo instante ressalta a neutralidade e a objetividade de

³ A defesa da democracia cristã encontra-se em Vianna (1951, p. 165-179).

sua análise, com afastamento da religiosidade e da crença,⁴ para se pautar no que havia de mais adequado à realidade nacional. Adepta do cristianismo, a teoria *oliveiriana* pregava a solidariedade, a tranquilidade, a paz social e o espírito de organização. Segundo essa concepção, as organizações corporativas não seriam obras do fascismo ou do nazismo, mas do pensamento católico (VIANNA, 1930, p. 88-89). Refutava, por outro lado, as ideias socialistas e comunistas, até porque o comunismo implicaria rompimento com a igreja católica e sua doutrina. Para Vianna (1951, p. 167-175), o catolicismo seria a doutrina social do povo brasileiro, pois o espírito cristão estaria na sua gênese. A luta de classe, diferentemente, exaltaria o espírito individualista, belicoso, agressivo e destrutivo do ser humano (VIANNA, 1930, p. 15-21).

Marx e Engels (2008, p. 91) concebiam os conflitos históricos com mais naturalidade na contradição entre as forças produtivas e o modo das trocas. A alternativa viável na obra marxiana seria o processo revolucionário com o desvanecimento do Estado, da sociedade civil e da divisão em classes sociais. Vianna (1951, p. 11-64) compreendeu a tomada de poder por Getúlio Vargas em 1930 como típica revolução iniciada em 1922, com o propósito de promover uma reforma social moderada, sem ímpetos. O movimento revolucionário de 1930, segundo ele, antecipou-se aos efeitos maléficos que o capitalismo, então incipiente no Brasil, geraria nas ordens econômica e social brasileiras. Assim, com a política social decorrente da Revolução de 1930, houve um ato preventivo ao conflito entre capital e trabalho (VIANNA, 1988b, p. 121-123). Aos sindicatos, nessa linha, não caberia ser de resistência e/ou revolucionários, mas sim colaboradores do Estado e do processo evolutivo do povo. A partir de então, o desen-

⁴ Vianna (1951, p. 168-178) declarou que era católico.

volvimento requereria pequenos ajustes, sem grandes rupturas.⁵

Além disso, Oliveira Vianna não via na realidade brasileira o antagonismo de classes nem mesmo um regime capitalista em virtude do remoto processo de industrialização do País. Com grande extensão territorial e baixa densidade demográfica à época, o Brasil era eminentemente rural e pré-capitalista. Em sua visão, aqui inexistia mentalidade de uma burguesia capitalista e um proletariado como classe. Faltavam investimentos de capital estrangeiro, mão de obra, produção em massa e mercado consumidor. Em seu diagnóstico, na maioria das regiões, o País encontrava-se em situação distinta da dos países liberais que experimentavam um “supercapitalismo” (VIANNA, 1988a, p. 23-27, 1988b, p. 15-121).

O combate à miséria, para Vianna (1974, p. 91-92), tinha limites. Seu otimismo não admitia acreditar no fim da miséria, por sê-la natural e inevitável, embora, quase contraditoriamente, sustentasse que no Brasil havia bens em excesso para distribuição a todos. Muitas dessas ideias esposadas por Vianna (1951, p. 11-173) encontraram eco na doutrina da igreja católica⁶, que condenava a opressão do trabalhador e combatia as teorias comunistas e socialistas. Esse dogma religioso naturalizava a desigualdade social, proclamava a propriedade como direito natural e acreditava na interdependência entre capital e trabalho, e na conciliação como solução para eventuais conflitos (LEÃO XIII, 2005, p. 10-22).

Com a democracia corporativa e cristã, Oliveira Vianna advogava o primado do Poder Executivo (sistema corporativo-autoritário-uni-

⁵ Segundo Vianna (1974, p. 75), a organização corporativa brasileira deveria ser realizada por etapas e paulatinamente.

⁶ Oliveira Vianna, quanto à sua proposta de democracia cristã, expressamente adere ao manifesto dos bispos e às encíclicas papais.

tário-centralizador). Reconhecia que o regime governamental instituído pela Constituição de 1937 (república democrática e representativa residente na soberania do povo) era similar aos regimes republicanos anteriores. Entretanto, o que distinguia o regime de 1937 – e essa ideia, de certa forma, persiste com a Constituição de 1946 – dos regimes anteriores (Constituições de 1891 e 1934) era que, na distribuição da competência privativa aos diversos órgãos da soberania, coube ao chefe da nação poder maior do que o concedido pelas Constituições precedentes. Reagira dessa maneira contra a preponderância do Parlamento, cujo papel, na visão de Vianna (1939), se tornara um óbice ao funcionamento da Administração Pública, dada sua ineficiência, seu espírito fragmentador, sua ausência de preocupação com o interesse coletivo e por representar o clã majoritário nos partidos políticos, e não o povo. A maior centralidade do Poder Executivo também contribuiria para evitar movimentos separatistas no País, e esse ponto era considerado como particularidade do Brasil, em razão da extensão do território e da diversidade cultural do povo. Em virtude da ação das máquinas partidárias, detentoras do governo de certos Estados federados mais ricos, estes se tinham armado poderosa e perigosamente com milícias policiais, com um poder agressivo comparável ao do Exército, e cabia ao poder central, agora com mais força, tolher esse avanço (VIANNA, 1939, p. 121-261).

Esse tipo democrático, segundo Vianna (1974), seria capaz de organizar o Brasil, o país da falta de solidariedade e de espírito associativo. As noções de solidariedade, sobretudo profissional, e integração social encontravam partidários nos moderados (corporativismo) e nos extremados (totalitarismo) (VIANNA, 1974, p. 14). A criação de agremiações sindicais tanto de trabalhadores quanto de empresários seria imprescindível na formação desse mote de união e caberia aos indivíduos se subordinarem ao interesse público. Depois dessa organização das profissões, haveria possibilidade de elas se organizarem politicamente (VIANNA, 1939, p. 260-261).

Por outro lado, a maior centralização política com o primado do Poder Executivo diminuiria a descentralização política decorrente do federalismo e da autonomia dos Estados, cujas consequências eram o impedimento da unidade nacional e da formação de uma nação. A introdução de um sistema federativo num território de larga extensão geográfica como o do Brasil era um incentivo à desagregação. Por fim, para alcançar esse intento, descaberia reconhecer quaisquer direitos dos Estados em face da União (VIANNA, 1991, p. 203-204).

Oliveira Vianna também se apresentava como *antiformalista*,⁷ contrário à interpretação literal, ao *direito-lei* e ao direito autossuficiente; e, em

⁷Sobre essa conclusão, ver Santos (2010, p. 286-287).

contrapartida, favorável ao *direito-costume*, ao direito do *povo-massa*, à discricionariedade e ao pluralismo jurídico (de fontes). Há, nesse ponto, a relativização do princípio da separação dos Poderes (VIANNA, 1938, p. 40-56). O Direito, na teorização de Vianna (1987, p. 15-28), afastar-se-ia de interpretações literais e incompatíveis com a realidade e, como alternativa viável à organização nacional, apreciava o realismo norte-americano divulgado por Holmes e Pond. A hermenêutica jurídica, em sua visão, somente seria adequada desde que congruente com a realidade do País, e isso se daria com a adoção do método sociológico e uma exegese construtivista, diferentemente do método clássico de interpretação pautado na linha lógico-gramatical (VIANNA, 1938, p. 11-20).

Neste sentido, citava como exemplo a política de intervenção dos EUA na ordem econômica e social com o *New Deal* do presidente Roosevelt. Implementada entre 1933 e 1937, esse conjunto de medidas teve o escopo de reverter a crise de 1929 e amparar as pessoas prejudicadas pela *Grande Depressão*. Num primeiro momento, a Suprema Corte norte-americana julgou-a inconstitucional. Posteriormente, com as substituições de juízes no Tribunal e uma interpretação adequada à realidade, a medida foi considerada constitucional (VIANNA, 1991, p. 149-174). Na visão de Oliveira Vianna, essa matriz interpretativa deveria ser aplicada no Brasil, sob pena de impedir a organização e o desenvolvimento do País.

O Estado idealizado por Oliveira Vianna, até pela situação histórica do momento, era interventor. Almejava organizar a economia, conceder direitos aos cidadãos e assistir os incapazes socialmente. Era também um Estado pacificador, conciliador, e suas decisões tentavam colocar-se como solução intermediária, por ser uma instância de consenso e refratária ao conflito. Esse Estado, cujas promessas eram a ampla participação política pela integração do povo⁸ nas corporações e desprezo às decisões tomadas por leigos, ressentia-se, porém, da formação de uma nova elite, responsável por dirigi-lo, cujo requisito era apenas estar preparada para organizar o País. Com o fornecimento de educação, ao Estado caberia formar essa nova elite, e nesse governo de elites não haveria quaisquer ranços anti-democráticos (VIANNA, 1951, p. 147-160) em razão da sua hibridez e liberdade de integração. Oliveira Vianna acreditava na possibilidade de certo determinismo da evolução social e política, desde que houvesse um direcionamento pelo Estado, apesar da “limitação da raça” de um povo, cuja formação não era totalmente irrelevante nesse caminho.⁹

⁸ Antes de 1930, o povo estaria ausente do Estado. A representação política resumia-se à representação por partidos. A grande obra da Revolução de 1930 teria sido introduzir as forças vivas do povo na estrutura estatal (VIANNA, 1951, p. 88-91).

⁹ A questão da raça foi abordada por Oliveira Vianna, com mais profundidade, em pelo menos duas obras; ver Vianna (1933, 1934). No prefácio da 2ª edição da primeira obra, de

Diante desse plano estrutural esposado por Oliveira Vianna com vistas à construção e à organização da nação brasileira, independentemente da originalidade de suas ideias e de oscilações presentes em suas obras, parece possível o exercício de extrair de sua proposta uma subjacente teoria constitucional, cuja matriz seria de um Estado interventor, com uma organização político-econômica centralizada (VIANNA, 1974, p. 7, 1951, p. 153-154) e autoritário-corporativa, mas inconfundível com o fascismo italiano e o nazismo alemão em diversos pontos e graus.

Na teoria constitucional de Oliveira Vianna, pela centralidade e pelo aumento do Poder Executivo nacional, ao Estado caberia externar a vontade geral, seja para garantir a unidade nacional, seja para assegurar a integração e a solidariedade social de seu povo. Afiançava a participação política pela integração da elite do povo nas corporações, sobretudo nas sindicais (profissionais e econômicas), e, por outro lado, desprezava a existência de partidos políticos, o sistema federalista e a maior autonomia dos Estados-federados e, hoje, possivelmente, dos Municípios. Há, enfim, um regime autointitulado como democrático, porém marcado por viés autoritário, centralizador e por um arquétipo político-corporativo-sindical.

Abordados os principais temas da teoria de Oliveira Vianna, o próximo passo será extrair dessa suposta teoria constitucional as possíveis bases constitutivas do Direito do Trabalho brasileiro. Essa proposta parece viável, pois, além da busca por um modelo capaz de organizar e desenvolver o Estado brasileiro, ao defender o corporativismo sindical e atuar como consultor no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, Oliveira Vianna foi figura destacada na confecção da legislação laboral, inclusive na instituição da Justiça do Trabalho e na estruturação da organização sindical. Esses temas serão objeto da próxima seção.

3 A teoria constitucional defendida por Oliveira Vianna e seus efeitos no Direito do Trabalho brasileiro

Oliveira Vianna almejava compreender a formação social brasileira. Pretendia estudar três grupos de questões: (a) as instituições políticas nacionais; (b) a história da formação racial no Brasil; (c) a história social da economia. Entretanto, no governo provisório de Getúlio Vargas, torna-se seu consultor jurídico (de 1932 a 1940), o que o leva a suspender esse projeto e dedicar-se à sistematização do Direito do Trabalho brasi-

certa forma reconheceu seu equívoco após ser criticado sobre sua tese acerca da necessidade de *branqueamento* do brasileiro com vistas ao maior desenvolvimento social e político. A partir de então, registrou sua despreocupação com esse enfoque racial.

leiro (PAIM, 1988, p. 13-14). Nesta seção, portanto, a teoria *oliveiriana* receberá ares trabalhistas.

A proposta desta seção, cujo anseio final importará na resposta (provisória) ao problema da pesquisa, será a de extrair, da pretensa teoria constitucional de Oliveira Vianna, categorias¹⁰ estruturantes e constitutivas do Direito do Trabalho brasileiro, com a inserção de novas posições defendidas pelo autor, agora referentes ao Direito do Trabalho. Inexiste nas obras de Oliveira Vianna essa proposta. O desiderato requereu leitura de seus escritos como um todo, visão sistematizadora e inúmeras aproximações.

Com base no capítulo anterior, é possível formar as seguintes categorias de análise da pretensa teorização constitucional de Oliveira Vianna: (a) imprescindibilidade do Estado na concessão de direitos trabalhistas e na formação das classes sociais e dos sindicatos; (b) negativa da luta de classes no Brasil; (c) consenso e colaboração entre capital e trabalho; (d) forte impregnação nas relações de trabalho da doutrina social da igreja católica; (e) destaque às associações sindicais profissionais e patronais; (f) formação de sindicatos quase públicos e colaboradores com o Estado, os trabalhadores e o capital; (g) estruturação de sindicatos por categoria e vinculados à unicidade sindical, laicos, apartidários e distantes do localismo e do internacionalismo; (h) necessidade de conciliação de eventuais partes antagônicas; (i) possibilidade de tribunais do trabalho preferirem sentença normativa; (j) inserção do Direito do Trabalho no modo de produção capitalista; (k) espaço, no Direito do Trabalho, para as categorias profissionais e o setor produtivo, também organizado como classe; (l) relativa pluralidade de fontes na confecção da legislação do trabalho e na interpretação do Direito do Trabalho; (m) aproximação do Direito do Trabalho com o realismo jurídico; (n) vinculação do Direito do Trabalho à democracia corporativa; (o) Direito do Trabalho com feição de exclusão (ou com pretensão de ser paulatinamente inclusivo). Essas categorias, na sequência, serão aplicadas na perspectiva da constituição do Direito do Trabalho brasileiro.

Oliveira Vianna repelia o curso homogêneo e unilinear da história. Cada povo tinha suas características e, conseqüentemente, seu modo de desenvolvimento social e político. Havia, pois, povos mais desenvolvidos do que outros, que evoluíam de uma maneira e involuíam de outra. Reagiu também contra o fatalismo da história, até porque reconhecia como relevante, em seu curso, o acaso (VIANNA, 1933, p. 15-19) e a possibilidade de intervenções e transformações. Estava convencido, todavia, de que a aplicação de sua teoria geraria evolução social e política ao povo brasi-

¹⁰ A estruturação de categorias analíticas é uma proposta de abordagem encontrada em Aristóteles (2011, p. 29-30).

leiro. Entretanto, para cumprir essa missão, o Estado moderno exigiria, na composição de seus quadros, dirigentes consubstanciados num tipo de cidadão diferente, educado sem o ranço do individualismo (a proposta era anti-individualista) e com realce do sentimento de coletividade (VIANNA, 1974, p. 8-26).

Ao afirmar a fragilidade do povo brasileiro nos aspectos racial, climático, geográfico, social e político, Oliveira Vianna abre caminho para a intervenção do Estado, cujo ingresso carrega centralidade, unidade e caráter autoritário. Sem o Estado, inexistiriam condições de evolução do povo brasileiro. Sem o Estado, o povo permaneceria desorganizado, fragmentado e não solidário. Daí surge a primeira característica desse Direito do Trabalho incipiente: dádiva do pai, de Deus, concebido como Estado. Esse mote até hoje acompanha o Direito laboral brasileiro, e o trabalho subordinado em muitas situações é retratado como liame de favor, de bondade, de ajuda. Em 1930, para Oliveira Vianna, ocorrera uma revolução social, e um de seus propósitos foi antecipar-se aos efeitos maléficos do capitalismo na ordem socioeconômica nacional. O Estado, com esse ato providencial, quase heroico, evitou o conflito, a exploração desproporcional do trabalho pelo capital e, como dádiva, concedeu direitos aos trabalhadores, ainda não formados como classe.¹¹

Ao Estado caberia também estimular a formação de classes laborais e econômicas (VIANNA, [1943], p. vi). Negava-se a existência de movimentos sociais anteriores à Revolução de 1930, tanto que o Estado, diante da suposta ausência da classe obreira, quase como ente abstrato revolucionário, agiu para salvaguardar os direitos laborais, para a partir de então criar

incentivos para a constituição da classe social de trabalhadores. Vianna (1951, p. 65-67) reconheceu a singularidade da Revolução de 1930 como uma outorga generosa dos dirigentes políticos, e não uma conquista da classe trabalhadora, que no momento estava desprovida de qualquer estrutura séria em razão de sua diluição nos quadros de partidos políticos e ao inteiro desfrute da boa vontade dos patrões com base na regulação pelos Códigos Civil e Comercial.

Outro ponto central na constituição do Direito do Trabalho brasileiro, na perspectiva de Oliveira Vianna, foi a negação da luta de classes – segundo ele, por inexistir no Brasil tradição nesse sentido. A promessa era a *desproletarização* das classes pela elevação do operariado nacional à categoria de burguês, sem necessidade de eliminação da propriedade privada (VIANNA, 1951, p. 13). Além de esfumar o conflito da realidade histórico-social brasileira, critica severamente os movimentos anarquistas, comunistas e socialistas por carregarem em si a desnecessidade e o risco do embate entre capital e trabalho para o desenvolvimento da nação e de seus cidadãos. Houve recusa da influência de movimentos sociais de trabalhadores como um dos fatores impulsionadores da legislação laboral no Brasil, malgrado o patenteamento de que em certos momentos se negociara com a massa operária para se evitarem atritos. Nessa linha, sua teoria repudiou o conflito e o sindicato de resistência como instrumentos de conquistas sociais e exaltou o consenso, a conciliação. Vianna (1951, p. 11) afirmou que toda a legislação social brasileira se orientou no sentido de um alto espírito de harmonia e colaboração.

O caminho do desenvolvimento, portanto, seria um processo lento e constante, de parceria entre capital e trabalho, sem revolução e rupturas. Nesse contexto de transigência, os instrumentos coletivos negociados materializariam a melhor alternativa. Vianna (1974, p. 32-35)

¹¹ Vianna (1951, p. 69) afirmou que os trabalhadores sentiam por toda a parte o cuidado do Estado em sua ação vigilante, tutelar e assistencial.

explicitou sua admiração pela convenção coletiva de trabalho, mecanismo que seria capaz de evitar o conflito e educar as partes para o consenso – sem greve, sem conflito e sem violência. Aqui talvez se inicie a ideia de trabalhador e empregado como colaboradores – tão reproduzida no século XXI –, que não se cingiria apenas na mudança de comportamento do trabalhador. A democracia corporativa e cristã idealizada por ele demandava também modificação de mentalidade do empregador em relação a seus subordinados. Caberia ao detentor dos meios de produção cumprir a doutrina social da igreja católica (VIANNA, 1951, p. 176).

Questão também imprescindível à constituição do Direito do Trabalho nacional, na visão de Vianna (1991), foi o destaque para as associações sindicais, tanto as profissionais quanto as patronais. Sustentou a originalidade do sistema sindical brasileiro, cujo propósito fora materializar as peculiaridades da realidade com teor bem distinto da lei do regime fascista. A organização corporativa não tem como pressuposto necessário a organização sindical. Logo, é possível uma organização corporativa sem base sindical; no regime da Constituição de 1937, teve papel precípua a organização profissional de classes sob a forma sindical (VIANNA, 1991, p. 177-281). O Estado do tipo corporativo-sindical reconhece nessas agremiações o papel de colaborar para o desenvolvimento social e o funcionamento sem sobressaltos do poder governamental. Aos sindicatos caberia organizar, educar,¹² com papel comparável ao das escolas primárias do sistema de ensino regular, prestar serviços às respectivas categorias e integrá-las à Administração Pública (VIANNA, [1943], p. xi). Nessa óptica, deviam

abster-se de resistir a políticas governamentais ou se insurgirem, além de limites preestabelecidos, contra a exploração do trabalho pelo capital. O sindicato, em síntese, agiria em prol da solidariedade social e profissional e, nessa condição, atuaria como agente corretivo e retificador e, ao mesmo tempo, integrador e organizador (VIANNA, [1943], p. vii-ix).

Para cumprir esse papel de colaboradores com o Estado, os sindicatos estariam libertos das preocupações de luta de classes, pois, criados para desenvolverem hábitos de cooperação e com recursos orçamentários provindos do imposto sindical. Além disso, como sindicatos oficiais, seriam únicos e vinculados a certas categorias (VIANNA, [1943], p. ix-6). Esse déficit na formação sindical brasileira encontrado em sua nascente, na perspectiva de Oliveira Vianna, acompanhou-a em diversos momentos, ora pela falta de atuação contra a exploração do trabalho, ora pela impossibilidade de ser ativo sem o amparo estatal.

Na organização sindical brasileira, Oliveira Vianna considerou três princípios orientadores: (a) dissociação do binário histórico encontrado na Europa, o *sindicalismo-socialismo*. O sindicalismo nacional não seria revolucionário nem reformista. Seria corporativo, profissional e cristão; (b) separação rigorosa entre organizações sociais e partidos políticos, como maneira de preservar a sua pureza e livrá-las da influência nociva dos interesses pessoais; (c) sindicalismo visto de maneira extensiva para se compor como técnica de organização social do povo, e não apenas como maneira de organização profissional. Ademais, as agremiações sindicais elevaram-se à condição de instituições de Direito público e deveriam eliminar os espíritos de localismo e internacionalismo. Em razão desse último ponto, havia vedação legal de entendimento ou filiação das nossas organizações profissionais com as suas congêneres estrangeiras (VIANNA, 1951,

¹² Vianna (1974) expressamente reconheceu as organizações sindicais e corporativas como centros de educação do Estado brasileiro. Incluiu, ainda, as Forças Armadas e as associações escoteiras (VIANNA, 1974, p. 28). A educação promovida pelos sindicatos seria moral e cívica (VIANNA, 1951, p. 85).

p. 79-100). Ao analisar o art. 8º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2019a]), muitos desses princípios foram mantidos pela atual ordem constitucional brasileira, o que patenteia, em grande parte, o continuísmo no Brasil da estrutura sindical idealizada por Oliveira Vianna.

Por outro lado, Oliveira Vianna recusou-se a admitir sindicatos profissionais, malgrado pressões advindas da igreja católica. As agremiações sindicais, a princípio, seriam laicas, embora não enxergasse óbice na inserção da doutrina religiosa nessas associações; porém, o critério de formação sindical deveria ser a respectiva categoria, e não a filiação religiosa (VIANNA, [1943], p. 35-38).

Vianna (1930, p. 151-152) parte de uma premissa: no momento em que as classes sociais se enxergarem como tais, poderiam, pela participação corporativa, pressionar os poderes (*pressão de fora para dentro*) e, dessa forma, ocorreria o predomínio dos interesses coletivos. Haveria, assim, necessidade de organização de trabalhadores e empresários em classes profissionais e patronais. O objetivo dessas organizações era corporificar o interesse coletivo capaz de ser inserido no Estado pelo sistema de participação política pelas corporações. A ideia, portanto, abstinha-se de formar classes para lutar com a classe antagônica.

A burguesia brasileira também foi reconhecida por Oliveira Vianna. Cunhou-a sob um regime de plena liberdade e forte individualismo, desde o fim do Império até aproximadamente 1930. Os produtos eram produzidos e vendidos ao preço mais conveniente da indústria. Inexistia política econômica governamental de controle e disciplinamento; além disso, havia o protecionismo paternal do Estado, assegurador de todos esses empreendimentos no mercado. A população era prejudicada com artigos mais caros, ao passo que os empresários aumentavam seus lucros. Por efeito, essa elite capitalista e os trabalhadores igualmente deixaram de agir com espírito solidário para coordenar seus interesses. Em última análise, as elites econômicas brasileiras estavam aquém das elites de países mais desenvolvidos (VIANNA, 1974, p. 53-64).

O Direito do Trabalho brasileiro nasce preocupado com a classe trabalhadora, mas também com as categorias econômicas. Parece evidente asseverar que esse ramo jurídico não foi pensando apenas *no e para o* trabalhador. Houve não só a preocupação com ele, mas também com a sobrevivência e desenvolvimento da atividade produtiva. Nesse ponto, o Direito do Trabalho nacional parece ambíguo e atua ora em favor, ora contra os interesses da classe obreira.

A educação incumbida ao Estado e, sobretudo, às agremiações sindicais formaria essa consciência coletiva. Seria capaz de retirar do trabalhador ideias direcionadas ao conflito, para inserir na relação

capital-trabalho um perfeito espírito de cordialidade e cooperação. A possibilidade de antagonismo de classes não era negada; entretanto, sempre pareceria possível encontrar decisão intermediária, conciliatória. Esse é o espírito de transação, isto é, da justa medida na solução de conflitos sociais (VIANNA, 1974, p. 30-32). Assim, o Direito do Trabalho brasileiro nasce conciliador e este vetor consta de todo ele. Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º/5/1943 (BRASIL, [2019b]), prevê que Juízes e Tribunais do Trabalho empreguem sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos (art. 764, § 1º). Exige ainda que o juiz, antes do julgamento da reclamação trabalhista, faça duas tentativas de conciliação (arts. 846 e 850). A Justiça do Trabalho, ademais, promove anualmente a Semana da Conciliação, que insere em pautas de audiência processos com chances transacionais; e alguns Tribunais Regionais do Trabalho criaram núcleos conciliatórios, com a figura do juiz do trabalho conciliador, responsável por tentar conciliação em execuções, grandes demandas e ações coletivas.

A centralidade do Estado e a relativa possibilidade criativa conferida aos sindicatos permitiram que o primeiro, à falta de acordo entre capital e trabalho, decidisse sobre as condições laborais aplicáveis a certa categoria profissional. A possibilidade de os Tribunais do Trabalho sentenciarem normativamente foi uma das propostas formuladas por Oliveira Vianna, o que gerou polêmica com o então deputado Waldemar Ferreira, jurista e professor de Direito, cuja opinião foi no sentido de que conferir poder normativo à Justiça do Trabalho era inconstitucional em razão de usurpação de poder do Legislativo e por contrariedade a princípios processuais. Vianna (1938, p. 31-37) não via nessa função usurpação alguma do poder legiferante conferido ao Legislativo e ressaltava a singularidade dos Tribunais do Trabalho. A vividez do mundo laboral exigiria essa alternativa imediata. Ademais, de certa forma, seria outro modo de se evitar a luta de classes, com a intervenção estatal no conflito.

Oliveira Vianna, em nova tentativa de repelir as objeções de Waldemar Ferreira e reafirmar o poder normativo da Justiça do Trabalho, asseverou inexistir diferença substancial entre fixar preços de mercadorias e de salários (VIANNA, 1938, p. 65). Manejou esse argumento por não haver questionamento acerca da possibilidade de administrativamente definir preços de produtos, o que permitiria o mesmo raciocínio para a determinação do valor salarial. Essa ideia parece implicitamente equiparar o trabalho à mercadoria e, definitivamente, introduzi-lo numa concepção de mercado regido pelo modo de produção capitalista. Em última análise, o Direito ao Trabalho nasce vinculado ao mercado, e a força laboral equipara-se a qualquer mercadoria.

A legislação social brasileira, na visão de Vianna (1991), era uma das mais avançadas do mundo, mas desde logo reconhecera a necessidade de aprimoramentos. A feitura dessa legislação variou conforme o ministro responsável pela pasta. Lindolfo Collor, a quem coube o mérito de ter iniciado a legislação social no Brasil, preferiu a elaboração individual, ao passo que Salgado Filho tinha preferência pela criação de comissões de técnicos e interessados, no que o seguiu Oliveira Vianna. Posteriormente, esse trabalho passou a ser realizado pela Câmara dos Deputados. Porém, Oliveira Vianna ressaltava o seu caráter de lei *feita pelo e para o povo*, ao confirmar que a legislação laboral, em grande parte, fora revisada por ele e que, em muitos pontos, foi compelido a transigir para evitar atritos e ressentimentos das massas operárias (VIANNA, 1991, p. 283-285).

A legislação do trabalho brasileira foi considerada por Vianna (1987, p. 17-18) um Direito eminentemente costumeiro e vivo, tanto que houve, em grande parte, apenas sistematização de normas preexistentes. Além disso, sobretudo no Direito do Trabalho, seria impossível elaborar obra estável e perfeita, dadas as oscilações dos ciclos econômicos (VIANNA, 1951, p. 15). A aproximação desse ramo do Direito com a teorização do realismo jurídico, do qual Oliveira Vianna era simpatizante, esteve e está presente até hoje no País. O Tribunal Superior do Trabalho julga, muitas vezes, sob uma perspectiva do *Common Law*, tanto que editou 463 súmulas, 13 orientações jurisprudenciais do Tribunal Pleno, 421 orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Individuais I, 79 orientações jurisprudenciais transitórias da Seção de Dissídios Individuais II, 158 orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Individuais II, 38 orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Coletivos e 120 precedentes normativos (BRASIL, 2020), sem contar os

inúmeros precedentes ainda não sumulados e todas as súmulas e orientações dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho existentes no País.

O Direito do Trabalho, por conseguinte, seria oxigenado em sua nascente, ao menos no plano idealizado, por uma pluralidade de fontes: texto normativo, costumes, decisões dos tribunais, instrumentos coletivos de trabalho e, na condição de rede abastecedora desse sistema plural, os fatos advindos da realidade. Nesse ponto, a teoria de Oliveira Vianna oscila um pouco: defende um Estado unitário, autoritário e centralizador, mas admite fontes jurídicas não estatais para o Direito do Trabalho (VIANNA, 1938, p. 21).

Embora seja interessante em alguns aspectos e presente em nossa realidade até hoje, essa aproximação do Direito do Trabalho com o realismo jurídico formulada por Oliveira Vianna é bastante arriscada e pode corresponder a uma negativa dos pontos de partida previstos nos textos normativos. Vianna (1938, p. 22) considerava o juiz, no Estado moderno, verdadeiro legislador. Essa afirmação referia-se ao julgador de maneira geral, e não apenas ao Tribunal do Trabalho no exercício do poder normativo. Isso, em certo grau, institucionalizaria o exercício do poder discricionário no momento do julgamento e poderia gerar relativa instabilidade nas bases de sustentação do Estado de Direito. A tentativa de Vianna (1938, p. 77) de considerar sinônimas as palavras *discricionariedade* e *equidade* é frágil. Não há garantia de que um julgamento desconexo com bases normativas prévias e supostamente vinculado à realidade seja mais justo que uma decisão respeitante do texto normativo, obviamente interpretado. Essa linha argumentativa de Oliveira Vianna parece acoplar-se à ideia de centralidade e unidade do Estado, porque, a partir de quando fossem permitidos julgamentos destoantes do texto normativo, haveria também possibilidade de

o Poder Executivo implementar políticas diferentes das idealizadas pelo Poder Legislativo. Esse artifício era necessário, sob pena de comprometer a unidade do Estado. Havia, portanto, encoberta na defesa do realismo jurídico uma possibilidade de guinadas nas ordens jurídica, social, econômica e política brasileiras, e o Direito do Trabalho inseria-se nesse contexto com preponderância decorrente da democracia corporativa.

Por outro lado, esse realce na teoria de Oliveira Vianna relativo à interpretação do Direito do Trabalho¹³ confere sentido à denominação *Direito Social*,¹⁴ cujo objeto remete a verbas alimentares de titularidade, na maioria dos casos, de trabalhadores desempregados e sem renda, e incorpora nesse ramo jurídico a necessidade de ser interpretado de maneira socialmente responsável. A criação de um ramo específico do Direito (do Trabalho) e de tribunais especializados, ressaltara Vianna (1938), objetivava fugir da sistemática interpretativa do Direito comum. Waldemar Ferreira, ao repelir a possibilidade de a Justiça do Trabalho exercer poder normativo, considerou inexistir diferença entre os princípios abastecedores do Direito do Trabalho e do Direito comum. Na concepção de Vianna (1938, p. 34-75), Ferreira insistia numa interpretação literal e gramatical e olvidava a necessidade de flexibilidade e senso de adaptabilidade na análise de um direito social como o laboral.

O marco corporativo é outro signo constitutivo do Direito do Trabalho brasileiro. A Justiça do Trabalho até a Emenda Constitucional (EC) nº 24/1999 era composta por juízes classistas,

indicados pelas associações sindicais profissionais e econômicas, que, ao lado dos juízes togados (aprovados em concurso público de provas e títulos e bacharéis em Direito), eram responsáveis por julgar reclamações trabalhistas e ações coletivas laborais. Além disso, essa ideia corporativa, embora relativizada com a EC nº 24/1999, continua presente na realidade brasileira, com membros integrantes das categorias de trabalhadores e patrões em diversos conselhos, bem como pela integração de pessoas na Administração Pública, sobretudo pela aprovação em certame público, sem prejuízo da existência de partidos políticos e de eleições.

O Direito do Trabalho brasileiro, por fim, nasce com uma faceta de exclusão (ou com pretensão de ser paulatinamente inclusivo). Inicialmente, abrangeu apenas os trabalhadores urbanos e marítimos, com exclusão dos rurais, e isso perdurou para outras categorias, como a dos domésticos. Em certo momento, afirmou Vianna (1951, p. 16-18) que o Direito do Trabalho era antes de tudo industrial. Esse ponto indica outra oscilação na sua obra. Segundo sua concepção, o Brasil tinha um capitalismo incipiente, sua população era dispersa e basicamente rural. Nesse contexto, a lógica seria o Direito do Trabalho, naquele tempo histórico, ter privilegiado a regulamentação das relações laborais dos rurícolas, e não dos trabalhadores urbanos.

4 Conclusão

Oliveira Vianna publicou inúmeras obras nas áreas sociológica, constitucional e laboral; e, aproximadamente entre 1930 e 1950, teve forte influência na conformação do Estado brasileiro, inclusive na elaboração de suas Constituições e leis trabalhistas. Com base em seus escritos, extraiu-se uma teoria constitucional pretensamente adaptada à realidade brasileira, sem

¹³ Vianna (1938, p. 25) afirmou que o advento do Direito corporativo produziu reflexão quanto à dogmática tradicional do Direito em geral.

¹⁴ Cesarino Junior (1963, p. 23-37), ao apreciar a correção das nomenclaturas do Direito do Trabalho, defendeu que apenas a elocução *Direito Social* teria o condão de demonstrar o seu real conteúdo.

prejuízo da alegação de ausência de originalidade e da presença de oscilações e fragilidades.

O Estado teorizado por Oliveira Vianna era unitário, centralizador, interventor, autoritário e corporativista. Rechaçava a existência da federação, a maior autonomia dos Estados federados, a democracia pautada em partidos políticos e os movimentos comunistas e socialistas. Esse Estado era sustentado por um regime democrático corporativo (ou de classes) e cristão. As corporações, especialmente os sindicatos profissionais e patronais, e a doutrina da igreja católica tinham papéis determinantes.

Com base na teoria constitucional defendida por Oliveira Vianna, cuja identificação ocorreu na primeira seção, foi possível no tópico subsequente formar categorias analíticas, aplicá-las na condição de alicerces constitutivos do Direito do Trabalho brasileiro e responder ao problema impulsionador desta pesquisa.

Na perspectiva de Oliveira Vianna, o Direito do Trabalho brasileiro encontra suas raízes na imprescindibilidade do Estado na concessão de direitos trabalhistas e na formação de classes e sindicatos, na negativa da luta de classes no Brasil, no consenso e na colaboração entre capital e trabalho, entre outras conclusões alcançadas na segunda seção.

As teorias de Oliveira Vianna foram fundamentais para a conformação do Estado brasileiro durante a Era Vargas; porém, independentemente de concordância com seus escritos, ainda se encontram parcialmente vivas em nossa realidade, no Estado atual e nos Direitos Constitucional e do Trabalho, o que justifica contradições em certos encaminhamentos e particularidades.

Sobre os autores

Vitor Salino de Moura Eça é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, Ciudad Real, Espanha, e em Direito Processual Internacional pela Universidad de Talca, Talca, Chile; professor do programa de mestrado e doutorado em Direito na área de Direito Processual da PUC-MG, Belo Horizonte, MG, Brasil; juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: profvitorsalino@gmail.com

Bruno Gomes Borges da Fonseca é doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil, e pela Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação em Direito da FDV, Vitória, ES, Brasil; procurador do Trabalho na 17ª Região, Vitória, ES, Brasil.

E-mail: bgbfonseca@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

EÇA, Vitor Salino de Moura; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Teoria constitucional do Direito do Trabalho brasileiro na perspectiva de Oliveira Vianna. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 175-193, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p175

(APA)

Eça, V. S. de M., & Fonseca, B. G. B. da (2021). Teoria constitucional do Direito do Trabalho brasileiro na perspectiva de Oliveira Vianna. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 175-193. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p175

Referências

ARISTÓTELES. *Categorias*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas, orientações jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), precedentes normativos*. Brasília, DF: TST, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito social brasileiro*. 5. ed. ampl. e atual. com a colaboração de M. A. Cardone. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Direito humano e fundamental ao trabalho*. Curitiba: CRV, 2019.

LEÃO XIII, Papa. *A condição dos operários*: Carta Encíclica *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2008. (Coleção L&PM Pocket).

PAIM, Antonio. Apresentação. In: VIANNA, Oliveira. *História social da economia capitalista no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Eduff, 1988. v. 1, p. 13-15. (Coleção Reconquista do Brasil, 2. Série, v. 109-110).

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Oliveira Vianna e o constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, [Florianópolis], v. 31, n. 61, p. 273-307, dez. 2010. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2010v31n61p273>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n61p273>. Acesso em: 27 ago. 2020.

VIANNA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social: o problema da incorporação do trabalhador no Estado*. São Paulo: J. Olympio, 1951.

_____. *Ensaaios inéditos*. Campinas: Ed. Unicamp, 1991. (Coleção Repertórios).

_____. *Evolução do povo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 10).

_____. *História social da economia capitalista no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Eduff, 1988a. v. 1. (Coleção Reconquista do Brasil, 2. Série, v. 109-110).

_____. *História social da economia capitalista no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Eduff, 1988b. v. 2. (Coleção Reconquista do Brasil, 2. Série, v. 109-110).

_____. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; Niterói: Eduff, 1987. v. 1. (Coleção Reconquista do Brasil, 2. Série, v. 105-106).

_____. *O idealismo da Constituição*. 2. ed. aum. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 141). Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/handle/doc/225>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Problemas de direito corporativo*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938.

_____. *Problemas de direito sindical*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [1943]. (Coleção de Direito do Trabalho, v. 1).

_____. *Problemas de organização e problemas de direção: o povo e o governo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974.

_____. *Problemas de política objectiva [sic]*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 256).

_____. *Raça e assimilação: os problemas da raça, os problemas da assimilação*. 2. ed. aum. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. (Bibliotheca Pedagógica Brasileira. Série 5ª. Brasileira, v. 4).

Perspectivas sociojurídicas do poder de polícia sanitário e emergência de saúde pública

Vulnerabilidades e o enfoque dos direitos humanos

LEONEL PIRES OHLWEILER

Resumo: O presente artigo examina o tema do poder de polícia sanitário, sob a perspectiva sociojurídica e com o enfoque dos direitos humanos. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de decisões judiciais. Destaca a necessidade de refletir sobre a história social do poder de polícia, a fim de desconstruir os modelos de compreensão burocrática fincados em bases autoritárias e formalistas, que remetem para as conexões patrimonialistas entre saneamento e política, e desconsideram as desigualdades e o contexto de uma sociedade de formação escravocrata. Com base em casos judicializados sobre as medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020, investiga a necessária dimensão sociojurídica do poder de polícia para alcançar cidadãos em situação de vulnerabilidade. Conclui que o enfoque dos direitos humanos contribui para dotar de maior efetividade o conjunto de ações públicas desenvolvidas durante a emergência de saúde pública causada pela pandemia da Covid-19.

Palavras-chave: Poder de polícia. Emergência sanitária. Perspectiva sociojurídica. Vulnerabilidade. Direitos humanos.

Socio-legal perspectives of the sanitary police power and the public health emergency: vulnerability and the human rights approach

Abstract: This article examines the theme of the power of sanitary police, from a socio-legal perspective and with a human rights focus. The methodology applied was bibliographical research, as well as judicial decisions. Detach the need to reflect the social history of police power, in order to deconstruct models of bureaucratic understanding, based on authoritarian and formalistic bases. It refers to the patrimonialist connections between sanitation and politics, disregarding the inequalities

Recebido em 23/07/20
Aprovado em 24/09/20

and the Brazilian context of a slave society. Based on judicialized cases regarding the sanitary measures provided for in Law n. 13,979/2020, it investigates the necessary socio-legal dimension of police power to reach citizens in situations of vulnerability. It concludes that the human rights approach contributes to endow the set of public actions developed during the public health emergency caused by the coronavirus with greater effectiveness.

Keywords: Police power. Sanitary emergency. Socio-legal perspective. Vulnerability. Human rights.

1 Introdução

O poder de polícia sanitário ocupa o cenário dos debates atuais, em virtude do reconhecimento pela Organização Mundial da Saúde (OMS) da pandemia causada pelo coronavírus, exigindo-se a atuação das Administrações Públicas, federal, estaduais e municipais, no desenvolvimento de ações administrativas concretas de combate à Covid-19, além da normatização construída no plano nacional. Diante da complexidade da questão, surge a necessidade de problematizar a efetividade das medidas de saúde pública no contexto de cidadãos em situação de vulnerabilidade do ponto de vista social, econômico, jurídico ou cultural.

O tema relativo à ordenação de medidas para salvaguardar a saúde da comunidade não é novo no âmbito do Direito Administrativo e da própria Administração Pública brasileira, pois desde o período colonial a questão acompanhou os processos de construção da ideia de vigilância epidemiológica.

Este breve estudo propõe-se discutir de que modo a perspectiva sociojurídica do poder de polícia sanitário, com o enfoque dos direitos humanos, contribui para a emancipação dos cidadãos em contextos de vulnerabilidade afetados pela pandemia do coronavírus no Brasil.

Olhar para a história social da vigilância sanitária permite compreender a construção do conjunto de disposições, estruturas estruturantes e estruturadas, que alimentaram o modo de compreensão das relações entre saúde pública, cidadãos e o Estado, e problematizar as parcas iniciativas de combate às epidemias que assolavam o território nacional. Tal perspectiva torna possível vislumbrar o que se denominará *habitus auctoritatis* e *habitus* burocrático, dois elementos que acompanharam

o desenvolvimento paulatino das ações de vigilância sanitária e dificultaram erigir barreiras de proteção aos cidadãos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, bem como casos judicializados sobre as medidas sanitárias implementadas. No estudo, privilegia-se a relação interdisciplinar do Direito Administrativo com a Sociologia.

Na primeira parte da pesquisa desenvolver-se-á a sociogênese do poder de polícia sanitário no Brasil, identificando-se os paradigmas em matéria de saúde pública, desde a dimensão mágica no tratamento de doenças, passando pelo paradigma da polícia médica e os modelos autoritários construídos em períodos ditatoriais, que acentuaram ainda mais os problemas de uma sociedade desigual e escravocrata.

A Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020c) disciplinou medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública causada pelo coronavírus. No segundo tópico do texto, com base na sociologia de Pierre Bourdieu, busca-se a compreensão sociojurídica do exercício do poder de polícia sanitário em relação às comunidades vulnerabilizadas, com ênfase nas medidas de distanciamento social e nos problemas relacionados à sua efetividade.

Na terceira parte, com base no pressuposto de equilibrar regulação e emancipação relativamente à juridicidade sanitária, constata-se a relevância de aprofundar investigações baseadas no enfoque dos direitos humanos como critério de legitimação das ações públicas desenvolvidas pelo Estado.

Trata-se, desse modo, do início de pesquisas associadas às relações entre Administração Pública e sociedade, especialmente quanto ao exercício do poder de polícia sanitário para repensar o senso comum da *doxa* burocrática.

2 Sociogênese do poder de polícia sanitário no Brasil em tempos de emergência de saúde pública

O tema *poder de polícia* integra o campo de conhecimento doutrinário tradicional do Direito Administrativo, despertando inúmeros debates com relação à própria referência a *poder*¹ e às intermináveis conceituações, fundamentos, meios legitimamente admitidos e limites

¹ Para Gordillo (2003, p. v-2), o aditamento *poder* na expressão *poder de polícia* é desnecessário, considerando que o poder do Estado é um só, sendo que a divisão de poderes se relaciona a funções e órgãos. A polícia administrativa não é um órgão do Estado, mas apenas parte de uma de suas funções. Por outro lado, destaca a utilização ideológica do termo. Ao se adotar *poder de polícia*, inicia-se o exame pela questão do poder e não dos indivíduos.

constitucionais e infraconstitucionais. Embora se trate de instituto relevante para a Administração Pública, não se pretende aqui desenvolver o quadro dogmático já construído pela doutrina. Busca-se somente situá-lo na medida necessária para discutir, sob a perspectiva sociojurídica², o poder de polícia sanitário.

A matéria adquiriu novos contornos de evidência por ocasião da emergência de saúde pública pela epidemia do coronavírus. A OMS declarou em março de 2020 a existência da pandemia (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO COE COVID-19, 2020, p. 2), e a Covid-19, naquela ocasião, estava disseminada em mais de cem países, exigindo ações mais agressivas. O Brasil, ambientado no cenário antes do reconhecimento pela OMS, por intermédio do Decreto nº 10.212, de 30/1/2020, promulgou o texto acordado no Regulamento Sanitário Internacional, revisitado pela 58ª Assembleia Geral da OMS, em 23/5/2020 (BRASIL, 2020b). Outro movimento consistiu na edição da Lei nº 13.979 em 6/2/2020, dispondo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, nos termos do art. 1º (BRASIL, 2020c).

Em virtude da crise sanitária, não tardaram a chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2020d) temas relacionados com o exercício do poder administrativo sanitário nas unidades da federação. Apenas para ilustrar: o Decreto nº 21.118, de 24/3/2020, editado pelo

² A compreensão desenvolvida nesta investigação busca dialogar com a sociologia reflexiva de Bourdieu (1989, p. 17-58), vislumbrando o exercício do poder de polícia sanitário como prática social. Ou seja, assim como o Direito Administrativo influencia a sociedade, esta produz efeitos sobre o campo jurídico-administrativo. O debate sobre a vigilância sanitária em matéria de epidemias não se desvincula da conexão direta entre Estado, poder, Direito e sociedade (FERREIRA, 2019, p. 23), cujas funções administrativas impõem a análise relacional, pois as disposições dos agentes públicos envolvidos são constituídas nos processos de institucionalização histórica dos modos de lidar com a saúde pública.

prefeito de São Bernardo do Campo (SP), que estabelece restrições à circulação de pessoas com mais de 60 anos na área de seu território, consignando no art. 2º que tais cidadãos estariam sujeitos ao recolhimento residencial para efetivar o distanciamento social, inclusive sob pena de multa (SÃO BERNARDO DO CAMPO, 2020). O caso é relevante para indicar que, via de regra, o exercício das competências do poder de polícia se justifica em nome de proteção à saúde, ordem e segurança pública, como argumentou o chefe do Poder Executivo municipal no STF e, na hipótese de medidas para o combate à emergência sanitária, a necessidade de preservação da vida. Destacava que se trata de competência do Poder Executivo: não cabia intervenção do Poder Judiciário, prevalecendo o juízo técnico da autoridade administrativa. O presidente do STF, ministro Dias Toffoli, negou seguimento à reclamação, porquanto o poder de polícia manifestado no ato regulamentar somente se justificaria caso houvesse recomendação técnica da Anvisa, circunstância inexistente no caso, tornando ilegal e abusivo o decreto de restrição à circulação de pessoas.

No contexto específico da pandemia do coronavírus no Brasil, impõe-se destacar que o poder de polícia sanitário se caracteriza como atividade de ordenação³ do Estado com o propósito

³ A expressão *atividade ordenadora* tem sido utilizada para referir-se ao conjunto de ações administrativas direcionadas a ordenar o exercício da liberdade e propriedade dos cidadãos, como mencionam García de Enterría e Fernández (1995, p. 107), aludindo à expressão *Administração ordenadora* não mais como fundada na existência de ordem pública, mas no sentido genérico de ordenação das atividades privadas. No Brasil destaca-se o trabalho realizado por Sundfeld (1993, p. 20), ao escrever obra específica para defender a concepção do Direito Administrativo Ordenador e “negar a existência de uma faculdade administrativa, estruturalmente distinta das demais, ligada à limitação dos direitos individuais. O poder de regular originariamente os direitos é exclusividade da lei. As operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentam-se à semelhança das outras como aplicação da lei”. A respeito da *Administração ordenadora*, aduz: “é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de auto-

de salvaguardar a saúde pública dos cidadãos, materializando o direito fundamental à saúde em sentido amplo, restringindo a liberdade e a propriedade por intermédio de ordens, atividades de controle, edição de atos normativos e aplicação de sanções administrativas limitadas pelo conjunto de direitos humanos/direitos fundamentais e pelos padrões de organização sanitária reconhecidos.

No entanto, o poder de polícia sanitário configura-se como prática, ou seja, ação social que deve ser pensada não com base nos próprios conceitos internos⁴, capazes de revelar uma substância, ou ainda restrita ao conjunto de referências textuais, e sim de modo relacional, no âmbito do conjunto das relações nas quais se desenvolveu tal prerrogativa do Estado, pois o modo como o ente público lida com a proteção da saúde pública dos cidadãos depende da diversidade de processos relacionais (BOURDIEU, 1989, p. 28), o que remete para a necessidade de refletir a sociogênese do poder de polícia sanitário no panorama brasileiro.

O sistema de dominação imposto ao Brasil no período colonial configurou as precárias ações sanitárias, cuja figura do físico-mor⁵ retra-

tava as disposições estruturantes em matéria de saúde, campo do conhecimento ainda marcado pelo olhar mágico por meio do qual as doenças eram vistas com base na empiria, perspectivas místicas e castigos dos deuses (SCLIAR, 1987, p. 6). No entendimento de Galvão (c2020, p. 8), a fisicatura adquiriu *status* colonial de órgão máximo para as questões de saúde e era, na verdade, “um tribunal, com leis, alvarás, regimentos e poder restrito à regulamentação da profissão, que visava punir os infratores com o objetivo de reservar para a medicina o espaço da doença”. Tratava-se de um modo de constituição fundado no poder dos donatários num primeiro momento para posteriormente adotar o regime dos governadores-gerais, instituindo a concentração de poderes e políticas arbitrárias.

Administrava-se com a lógica similar à do Estado dinástico⁶, com a diferença de aqui existir a relação colonial entre Portugal e Brasil; o território deste pertencia à Coroa portuguesa, desde as pessoas até os bens naturais, exigindo-se permanente sacrifício em nome dos interesses do dominador para a perpetuação do patrimônio colonial. Diante da impossibilidade de abarcar as grandes extensões, às municipalidades coube, por meio das câmaras municipais, a adoção de

ridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo das atividades que lhes é próprio” (SUNDFELD, 1993, p. 20).

⁴A análise adotada neste breve estudo dialoga com o entendimento de Bourdieu (1989, p. 209) sobre a sociologia reflexiva e a crítica desenvolvida em relação à ciência formal do Direito, referindo-se à necessidade de ultrapassar a construção de sistemas fechados e autônomos, cujo desenvolvimento é obtido por meio da descrição dos próprios conceitos internos: “A ciência jurídica, tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito como a história do desenvolvimento dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a dinâmica interna. A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social”.

⁵A figura do físico-mor foi criada em Portugal em 1430, durante o reinado de dom João I, incumbindo-lhe a superintendência dos negócios de saúde e higiene no reino português

e outros domínios, e em 1774 promulgou-se o regimento geral para os delegados e juizes comissários do físico-mor e do cirurgião-mor no Estado do Brasil (CABRAL, 2017). No documento há questões interessantes para indicar as relações de vigilância sanitária, constando como atribuição dos comissários do físico-mor examinar “se os medicamentos são feitos com a perfeição, e bondade que manda a Arte Farmacêutica, e se nele existe ainda aquele [em] vigor, e eficácia que possa produzir o efeito para que foram compostos, e verão todos os simples, e compostos que nas Boticas houver, sem exceção alguma” (REGIMENTO..., 2018).

⁶Para Bourdieu (2005, p. 42), no Estado dinástico ocorreu a acumulação de capital segundo a lógica da casa, na medida em que o rei se serve da casa para construir um Estado, identificado como “a casa do rei”, “entendida como um patrimônio que inclui todas as pessoas da casa, ou seja, a família real propriamente dita, que o rei deve administrar como um bom chefe da casa”, preponderando um modelo de dominação. O monarca é o grande protetor, mas exige submissão e o estabelecimento de relações de caráter pessoal.

medidas de higiene pública, como a limpeza das cidades, controle da água e do esgoto, comércio de alimentos, abate de animais e controle das regiões portuárias (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 16).

No século XIX continuou o modelo de caráter fiscalizador, julgador e punitivo. Com a chegada da Família Real ao Brasil, paulatinamente se incorporou o modelo de polícia médica, adotando o paradigma de ação sanitária fundada na concepção de intervenção na vida e saúde da população (BRASIL, 2005b, p. 13) e no propósito de vigiar e controlar o aparecimento de epidemias, sendo que a organização das cidades em termos de saneamento ocorria com o saneamento do meio.

É necessário aludir ao regimento da Provedoria de 1810 como característico do modelo de polícia médica e à figura do provedor-mor, instituindo a necessidade de isolamento de doentes para o tratamento de doenças (violência simbólica) (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 23). No documento, além de inscrições sobre os fundamentos da ação sanitária que deveria ser realizada – bem-estar geral, felicidade da população e conservação da saúde pública –, consta a incumbência de fiscalização voltada para portos e navios, atribuindo-se a prerrogativa de a autoridade determinar quarentena para navios se se constatassem moléstias, além da possibilidade de exames e vistorias em matadouros e açougues públicos (BRASIL, 2005a).

A proclamação da República e o início do século XX assistiriam a inúmeros episódios de ações administrativas sanitárias de intervenção na vida da população, agora configuradas por um modelo autoritário (SCLIAR, 1987, p. 26) de saúde pública⁷, refém da política hi-

gienista e de programas de saneamento das cidades, destacando-se os ocorridos no Rio de Janeiro (então Distrito Federal), na medida em que os médicos higienistas se integraram na Administração Pública ocupando cargos relevantes (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 25). Houve no período, apenas a título exemplificativo, a elaboração do Regulamento dos Serviços da Higiene Administrativa da União (Decreto nº 1.151, de 5/1/1904) e a criação do Juízo dos Feitos de Saúde Pública, além da Lei nº 1.261, de 31/10/1904⁸, tornando obrigatória em toda a República a vacinação contra a varíola, o que desencadeou a chamada Revolta da Vacina⁹. A

concepção dos hospitais que deixaram de ser depósitos de doentes cuidados por religiosos para incorporar a lógica da fábrica: “Os doentes mentais, que até a Idade Média eram tolerados e encarados com religioso respeito e temor pela população, agora são recolhidos aos hospícios: ninguém pode ficar fora do processo de produção”. No Brasil, a política dos higienistas figurou no contexto de diversas ações, inclusive com a criação do Departamento Nacional de Saúde e a incumbência a Oswaldo Cruz de resolver os problemas da febre amarela e de outras doenças; tais ações públicas foram denominadas *campanhas*. Segundo Scliar (1987, p. 26), trata-se de “um termo militar que traduz o caráter organizado, autoritário, do trabalho a ser realizado. A notificação de casos e as medidas de saneamento urbano são implantadas com a ajuda de instrumentos legais de excepcional rigor, que despertam feroz oposição”.

⁸ O texto legal disciplinou a obrigatoriedade da vacinação e da revacinação em toda a República; ao autorizar a adoção de medidas arbitrárias previstas no Decreto nº 1.151/1904, acirrou ainda mais os ânimos dos cidadãos já afetados pelas políticas higienistas, saneamento habitacional e reformas urbanas; surgiu inclusive o epíteto bizarro *Ditadura Sanitária*, a que alude Sevckenko (2010, p. 73), pois o governo ficou autorizado a invadir, vistoriar, fiscalizar e demolir casas e construções, contando com um foro especial, o Juízo dos Feitos de Saúde Pública.

⁹ O episódio histórico é importante para vislumbrar o conjunto das relações sociais e o papel da Administração Pública, pois as referências de Carvalho (2016, p. 130-139) indicam algumas determinantes da revolta popular, como a defesa legítima de direitos civis, indignação dos cidadãos com empresas prestadoras de serviços públicos, além da oposição às arbitrárias ações sanitárias, do moralismo impregnado nos discursos públicos contra a vacinação e da dimensão ideológica das posições políticas da época – tudo isso ocorrendo nas bases de uma sociedade ainda fortemente escravocrata e fragmentada. No entanto, até para os fins desta pesquisa, chamam a atenção as observações do autor associadas às relações entre Estado, lei e sociedade. Em virtude dos diversos contextos sociais da nascente sociedade republicana, atravessada por desigualdades, sentido

⁷ O olhar autoritário sobre a saúde pública é retratado por Scliar (1987, p. 24) ao descrever a continuidade da proposta de polícia sanitária com base em leis e regulamentos, atribuindo-se poder à medicina, influenciando na própria

população mais pobre da cidade reagiu com violência à obrigatoriedade da vacinação e às ações implantadas por Oswaldo Cruz. Depredações, quebra-quebra dos meios de transportes e ataques aos agentes higienistas abriram caminho para que o governo central decretasse estado de sítio, com suspensão de direitos constitucionais (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 329).

A questão da saúde pública no Brasil, de algum modo, orientou-se pelo paradigma social a partir da década de 1920, surgindo normas com caráter protetivo, como a Lei Elói Chaves (Decreto nº 4.682, de 24/1/1923), que no plano simbólico foi relevante marco normativo no desenvolvimento de políticas sociais. Circunscrita à perspectiva sanitária, houve a edição do Decreto nº 16.300, de 31/12/1923, que institucionalizou o Regulamento Sanitário Federal e incorporou a expressão *vigilância sanitária*, muito embora em sentido bastante amplo (BRASIL, 2005b, p. 17), mas indicando alguns traços de centralização do Estado: disciplinava em excesso quase todos os campos da vida social abarcados pela ação administrativa sanitária e criava problemas de efetividade das disposições regulamentares.

O Estado dos anos 1930 foi marcado pelo conservadorismo, ambientado nas orientações de um modelo de Estado Social, e pela escassa materialização da dimensão protetiva do texto constitucional de 1934 para a maioria dos cidadãos. A tendência à burocratização da organização administrativa na era Vargas refletiu-se no conjunto das ações sanitárias: tentou-se superar

o modo de gestão patrimonialista¹⁰, na medida em que o Estado burocrático representava a construção de uma ordem própria, dissociada da lógica de exercício dos poderes privados (BOURDIEU, 2005, p. 59).

No entanto, sob a Constituição de 1937, a frágil institucionalidade brasileira foi eclipsada até 1945 pelo regime ditatorial do Estado Novo, o que acentuaria mais uma vez o caráter autoritário das ações públicas, incapazes de resolver os problemas da herança escravocrata das desigualdades e exclusão, bem como da Administração tomada por políticas oligárquicas, centralizadoras, com fortes traços de corrupção. Sob a perspectiva das regulações do poder de polícia sanitário houve a edição de diversos instrumentos normativos; contudo, muitos permaneceram sem efetividade no contexto de uma Administração autoritária, como os Decretos nºs 780/1936 e 891/1938, sobre o controle de entorpecentes, e o Decreto-lei nº 4.113/1942, que disciplinava a propaganda de produtos farmacêuticos e dos profissionais de saúde (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 28-29).

O processo de redemocratização a partir de 1945 ainda lidava com essas mazelas sociais, acentuadas com o crescimento populacional e os problemas decorrentes das desigualdades entre os cidadãos:

Nos anos 1950, cerca de 70% dos brasileiros permaneciam no campo – a população urbana só iria superar a rural no fim da década de 1960. Os desníveis de pobreza e desigual-

escravista, discriminações e conservadorismo, havia muita distância entre a dimensão formal do texto da lei e o que de fato ocorria no campo social, em que diversos cidadãos permaneciam apartados da República, como processo teórico de construção da igualdade de todos perante a lei. Existia uma espécie de *habitus* cultural no sentido de que a lei não era de fato aplicada na sua textualidade; e, quando no contexto das ações sanitárias se decide fazer cumprir a legalidade, lançando mão de ações arbitrárias, eclode o sentimento popular de revolta (CARVALHO, 2016, p. 159-160).

¹⁰ Segundo Weber (2015, p. 234-235), a dominação patrimonial configura-se como caso especial de estruturação patriarcal de dominação e do poder doméstico descentralizado. A administração de caráter patrimonialista teria algumas características, como administração ocasional, vínculos de caráter pessoal, o capricho como critério último de orientação das decisões e das relações entre funcionários e dominados, ausência de normas fixas e regulamentos obrigatórios, ausência de separação entre assuntos públicos e privados, sendo o cargo público compreendido como *prebenda* (WEBER, 2015, p. 253-269).

dade social entre campo e cidade e entre a Região Sudeste e o Nordeste eram imensos, e a situação de carência da população pobre mantinha-se inalterada: faltavam escolas, não havia saneamento básico nem acesso à saúde, o trabalhador rural continuava excluído da legislação protetora do trabalho (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 424).

Em 1953, por força da Lei nº 1.920, foi criado o Ministério da Saúde, responsável pelo desenvolvimento de ações de vigilância sanitária, em especial da medicina e dos Portos. Destaque-se ainda em 1961 a regulamentação tardia do Código Nacional de Saúde (Lei nº 2.312/1954), disciplinando normas gerais sobre defesa e proteção da saúde, quadro institucional posteriormente alterado pela circunstância de o Brasil mergulhar mais uma vez em processos arbitrários por força da ditadura (1964-1985) – período no qual, com a edição da Constituição de 1967, se reforçou a tendência de concentração de poder nas mãos do Executivo, o que contribuiu para aprofundar a falta de efetividade dos ideais do modelo social¹¹. Durante o regime militar editaram-se textos legais voltados para as ações de vigilância sanitária, como a Lei nº 6.360/1976, Lei de Vigilância Sanitária, e a Lei nº 6.437/1977, a caracterizar as infrações administrativas sanitárias (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 32-35).

¹¹ O Decreto-lei nº 200/1967, concebido sob a inspiração de referências gerenciais de gestão da iniciativa privada, procurava normatizar e padronizar procedimentos nas áreas de pessoal, compras governamentais e execução orçamentária, adotando no plano teórico os princípios de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competências e controle. No entanto, o crescimento da estrutura burocrática da Administração indireta, o sucateamento dos órgãos públicos e o regime de arbítrio inviabilizaram superar os diversos problemas de controle em virtude de dois aspectos principais: “de um lado, a hipertrofia e o crescimento desordenado da administração indireta naturalmente inviabilizaram os mecanismos de coordenação; de outro, a racionalidade e o profissionalismo desejados com o decreto foram perdendo vitalidade na medida em que os militares, para contrapor à progressiva perda de legitimidade do regime, que crescia a cada ano, faziam uso patrimonialista da administração pública, trocando cargos por apoio político” (TORRES, 2004, p. 158).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) afastou o regime autoritário de cunho militar e institucionalizou a democratização da Administração Pública; mas outros ataques ainda ocorreriam sobre o Estado e com nítidos reflexos no exercício das atividades de ordenação sanitária. De fato, foi significativo o progresso normativo: o reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental (art. 196, CRFB) (BRASIL, [2020a]), a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), a regulamentação por meio da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/1990, e da Lei nº 8.142/1990, e a adoção de princípios democráticos capazes de conferir maior efetividade à preservação da saúde pública, agora em bases voltadas para a cidadania:

Tomado o período em seu conjunto, é possível afirmar que, nele, a visão da Vigilância como ação da cidadania, e sua fundamentação na epidemiologia e no enfoque de risco, tornaram-se mais consistentes. Aumentou a participação da sociedade civil [...] em órgãos colegiados e introduziu-se o hábito de submeter as regulamentações à consulta pública, através do diário oficial, antes da publicação definitiva. Deram-se alguns passos rumo à descentralização para os Estados e Municípios e iniciou-se a estruturação de programas de formação de recursos humanos (COSTA; ROZENFELD, 2000, p. 36).

Tais indicações foram necessárias para possibilitar a compreensão do poder de polícia sanitário ou atividade ordenadora, de modo a identificar os profundos processos relacionais de poder, imprescindíveis para adotar um modelo mais democrático de aplicação das medidas de saúde pública. A reflexão sobre a história social é instrumento poderoso para o objeto desta breve investigação por vislumbrar as ações administrativas sanitárias no âmbito do próprio mundo social – submetidas, portanto, ao con-

junto de disputas que ocorrem nos campos administrativo, econômico, social e político.

3 O enfrentamento da pandemia do coronavírus e os cidadãos em contextos de vulnerabilidade

No tópico anterior mencionou-se a decisão do presidente do STF (BRASIL, 2020d) relativamente ao decreto do município de São Bernardo do Campo, que restringia a circulação de idosos na área do seu território, sob a justificativa da impossibilidade de deixar ao livre arbítrio a opção de adesão às ordens de confinamento. Porém, ao final, prevaleceu o entendimento de que não há legitimidade para a restrição coercitiva à circulação dos idosos do município. Trata-se, portanto, de caso típico do campo de poder da Administração Pública.

Vislumbra-se o campo como espaço social relativamente autônomo, com relações objetivas guiadas por uma lógica e necessidades específicas, apresentando leis e regras próprias de funcionamento, mas também capaz de sofrer a influência de outros espaços sociais (BOURDIEU, 2004b, p. 20). Para Bourdieu (2004b, p. 23), o campo é sempre um campo de forças, de lutas para a conservação ou transformação. No seu cotidiano existem relações de dominação, erigidas pelos próprios agentes que criam o espaço, e o espaço existe pelos agentes e pelas relações objetivas entre eles. A edição daquele decreto retrata bem o exercício abusivo do poder de polícia sanitário, pois o prefeito concedera entrevista para veículo de imprensa assumindo o nítido papel do “grande protetor”, típico dos agentes sanitários do período colonial brasileiro, em troca de submissão, ao referir de modo expresso: “Infelizmente é um plano duro, mas que precisa ser feito para conscientizar e proteger os idosos. A realidade mostra a sua fraqueza diante do vírus, e este público infelizmente ainda está circulando. Queremos a ajuda de todos para evitar a exposição dos idosos” (HENRIQUE, 2020).

Contudo, o STF consignou de modo explícito, muito embora reconheça o poder administrativo para a edição de decretos regulamentares, que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo deveria “estar respaldado em recomendação técnica e fundamentada da ANVISA” (BRASIL, 2020d, p. 5). Mais uma vez se verificou um dos problemas que a história social do poder de polícia sanitário no Brasil demonstrou. O exercício abusivo caracterizou-se por não se fundamentar em parâmetros sanitários, ora adotando um olhar mágico, com soluções de caráter simbólico, ora embasado no imaginário do senso comum, atrelado ao vetusto modelo da polícia médica – por conseguinte, prer-

rogativa de caráter fiscalizador, julgador e punitivo. Caso flagrado, o idoso de São Bernardo do Campo responderia pelo pagamento de uma multa de R\$ 200,00.

As medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus dispostas na Lei nº 13.979, de 6/2/2020, não podem tornar-se reféns da violência simbólica¹² do poder de polícia sanitário, bem como sucumbir à lógica do poder da *doxa* burocrática¹³, em especial para lidar com cidadãos em contextos de vulnerabilidades. O art. 3º determina que, para combater a crise sanitária, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, as medidas de isolamento, quarentena, ordens administrativas, entre outras, inclusive a realização de exames ou vacinação, estudos ou investigações epidemiológicas, restrições de circulação, requisição de bens e serviços e autorizações administrativas (BRASIL, 2020c).

A violência simbólica permite investigar o procedimento arbitrário de alguns agentes públicos nas relações estabelecidas com os cidadãos, circunstância mais evidenciada num período de crise de saúde pública, configurando-se espécie de poder que impõe significados, classificações, categorizações, valendo-se de estruturas objetivas de legitimação, dissimulando as relações de força que sustentam tal poder simbólico (BOURDIEU, 1989, p. 14). Assim, a primazia da autoridade sanitária afirma-se na objetividade das estruturas burocráticas e atividades coercitivas institucionalizadas, bem como decorre do *habitus auctoritatis*¹⁴,

¹² O tema foi desenvolvido por Bourdieu (1989, 2014) no contexto de sua sociologia reflexiva e aplica-se ao poder de polícia sanitário, identificando o fenômeno da dominação realizada no exercício do poder simbólico como o poder invisível operado pela autoridade pública, capaz de conferir-lhe a prerrogativa de controle social em diversos segmentos da atuação do Estado, inclusive ações oficiais para salvaguardar a saúde pública. A violência simbólica atua no plano das significações, do sentido que se confere ao mundo social e à própria construção da realidade, estabelecendo o sentido imediato, as linguagens cotidianas, classificações e práticas, por intermédio de sistemas simbólicos que funcionam como instrumentos de dominação e integração social, bem como por meio de estruturas estruturadas e estruturantes de controle.

¹³ A *doxa* burocrática vincula-se ao senso comum – conjunto de pressupostos admitidos como evidentes e fora de qualquer discussão (BOURDIEU, 1994b, p. 147) –, no que diz respeito aos produtos do campo burocrático do Estado. As ações públicas contam com o efeito da ortodoxia de censura radical, invisível e constitutiva do próprio modo de funcionamento do campo (BOURDIEU, 1994b, p. 146). Logo, a verdade oficial em matéria de saúde pública nada mais é que a imposição legítima de um arbítrio cultural-burocrático, exprimindo os interesses preponderantes dos agentes que dominam o modo de funcionamento das estruturas do Estado.

¹⁴ Bourdieu (1994a, p. 61) refere-se ao *habitus* como “sistemas de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípio gerador e estruturador de práticas e das representações que podem ser objetivamente reguladas e regulares sem ser o produto de obediência a regras, objetivamente adaptadas a seu fim sem supor a intenção consciente dos fins e o domínio expresso das operações necessárias para atingi-los e coletivamente orquestradas, sem ser o produto da ação organizadora de um regente”. Observando o entendimento do sociólogo, é possível falar em disposições específicas do exercício de competências administrativas sanitárias de modo abusivo, por meio das quais o agente público incorpora ações de autoridade ao

funcionando como matriz de compreensão (BOURDIEU, 2014, p. 45) do agente sanitário em relação à saúde pública, ainda dominada pela força simbólica da historicidade do poder de polícia calcado na imperatividade, coercibilidade, e atrelado à noção de ordem de polícia.

O *habitus auctoritatis* também foi manifesto no Decreto Municipal nº 82/2020 editado pelo chefe do Poder Executivo de Umuarama (PR), materializando a reprodução da violência simbólica da *doxa* burocrática sanitária, do senso comum de autoridade que assume a função tutelar em relação aos cidadãos, pois, por meio do ato administrativo regulamentar, decretou toque de recolher no município: primeiro das 21 até as 5 horas, com pequena alteração do início para as 22 horas. Esse ato também foi questionado no STF (BRASIL, 2020e). A Administração Pública apresentou justificativas integradas ao conjunto de disposições da estrutura administrativa, com base na necessidade da restrição sanitária e na competência constitucional do agente público para concretizar a medida.

A dimensão simbólica da relação de poder, como aduz Bourdieu (2014, p. 46), não significa desconsiderar as dimensões das violências físicas ou materiais de cerceamento da liberdade, pois a reflexão desenvolvida orienta-se exatamente para descortinar o processo de dominação envolvido, responsável por incutir nos cidadãos a obediência incondicional, seja com base no medo em contextos de pandemia, seja também no reconhecimento de que ali está um ato de autoridade, portanto, dotado de neutralidade. A decisão do presidente do STF (BRASIL, 2020e) foi expressa ao consignar a ausência de qualquer norma autorizando ao chefe do Poder Executivo municipal impor restrições ao direito de ir e vir de quem quer que seja. Afirmou que a própria normativa federal de Direito Administrativo Sanitário não restringe coercitivamente a circulação dos cidadãos, limitando-se a expedir uma recomendação.

O ato praticado decorre das estruturas de dominação já aludidas na primeira parte; é produto do trabalho de reprodução social e histórica, desde as relações de *colonialidade*, passando pela dominação simbólica higienista e, em determinados períodos, disposições autoritárias de regimes ditatoriais. Outro aspecto grave retratado na decisão do STF reside na ausência de recomendação técnica do órgão competente, Ministério da Saúde ou Anvisa, para impor toque de recolher aos municípios: “Fácil constatar, assim, que referidos decretos carecem de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola

impor limitações ilegítimas aos cidadãos, agindo no espaço administrativo e no mundo social com predisposições, tendências e propensões marcadas pela dominação dos comportamentos sociais, bem como por patologias burocráticas, quer dizer, estruturas estruturadas e estruturantes predispostas para a reprodução de práticas e representações autoritárias.

o mundo, servir de justificativa, para tanto”, destacou o ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2020e, p. 5).

Todavia, além da necessidade de alterar o quadro da dimensão simbólica do exercício da competência administrativa sanitária – por intermédio de autêntica transformação das condições sociais de produção e reprodução das relações de poder de polícia (BOURDIEU, 2014, p. 54) –, para lidar com cidadãos em contextos de vulnerabilidade impõe-se discutir os problemas da falta de efetividade de algumas medidas sanitárias relevantes em períodos de emergência de saúde pública e amplamente sustentadas por orientações da própria OMS, como o distanciamento social, medida aplicada a entornos sociais específicos ou à sociedade em sua totalidade para reduzir o risco de adquirir ou difundir a Covid-19, propiciar a diminuição ou achatamento da curva epidêmica, aliviar o estresse nos serviços de saúde e ganhar tempo até que estejam disponíveis medidas farmacêuticas específicas (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 2020, p. 1-2).

A Lei nº 13.979/2020 disciplinou no art. 2º o isolamento (inc. I) e a quarentena (inc. II), além de indicar no art. 3º medidas específicas para enfrentamento da emergência de saúde pública, entre outras que poderiam ser adotadas pelas autoridades administrativas, e sempre com base em evidências científicas, limitadas o mínimo possível no tempo e espaço (§ 1º) (BRASIL, 2020c). Não obstante, deve-se discutir o problema da aplicação normativa em relação aos cidadãos em contextos de vulnerabilidade, expressão que de fato provoca inúmeros debates. Consoante Martuccelli (2016, p. 126), em sentido amplo, designa a característica comum ao ser humano – e, por extensão, à sociedade – de exposição a algo, considerando a fragilidade humana, as profundas desigualdades historicamente construídas, além de processos estruturais de discriminação. Logo, as complexas causas exigem abordagem ampla, considerando os acontecimentos do mundo social, econômico, político e de incapacidades¹⁵. Em grande medida, a falta de efetividade das ações administrativas sanitárias, nos casos de comunidades vulneráveis, é fruto do próprio modo de construção social, marcado pela indiferença cotidiana.

De acordo com Pires (2020, p. 51), pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, as medidas previstas na Lei nº 13.979/2020 não

¹⁵ É útil destacar a referência de Raciti (2009) para caracterizar a vulnerabilidade como capaz de exprimir a ideia de fragilidade, que impõe o exercício de ações de cuidado nas relações com pessoas vulneráveis; ainda que não seja crível categorizar os cidadãos, devem-se compreender os diversos fatores determinantes das situações de desigualdade, pois as pessoas em contextos vulneráveis (sob o ponto de vista social, econômico, político, jurídico etc.) são aquelas cuja autonomia e integridade podem ser ameaçadas. A Administração Pública tem a relevante tarefa de realizar ações sanitárias voltadas para garantir a autonomia por meio das medidas de emergência de saúde pública.

produzem efeitos uniformes sobre a população, e os segmentos sociais vulneráveis tendem a ter menor capacidade de absorção dos impactos que tais ações públicas provocam no seu cotidiano:

a distribuição desigual dos efeitos adversos e os *deficit* de atenção e cobertura sobre o território e suas populações fazem com que as mesmas medidas governamentais sejam experimentadas de forma bastante diferenciada pelas pessoas, a depender de suas trajetórias, localização e formas de inserção no conjunto das relações sociais. Nesse sentido, é de se esperar que grupos sociais historicamente submetidos a processos de vulnerabilização sofram em intensidade desproporcional os efeitos adversos e a desatenção das medidas adotadas para o enfrentamento à crise.

Aqui se evidencia o conjunto de patologias relacionadas com o *habitus* burocrático, isto é, disposições estruturantes e estruturadas, fincadas no histórico paradigma de polícia médica – marcada pelo formalismo, instrumentalismo, indiferença, dominação e discriminação –, duráveis e predispostas à reprodução da violência simbólica de práticas e representações burocráticas. O poder de polícia sanitário não pode sucumbir ao formalismo, a que se refere Bourdieu (1989, p. 158) ao criticar o positivismo jurídico, de modo a venerar a autonomia absoluta do conhecimento em relação ao mundo social.

A materialização das medidas sanitárias pela Administração Pública muitas vezes olvida os contextos de vulnerabilidade dos cidadãos. Um estudo realizado no município de Salvador pelo grupo GeoCombate Covid-19 aponta que “as condições socioeconômicas dos bairros soteropolitanos são extremamente heterogêneas e, diante dessa disparidade, o risco envolvido para determinados estratos da população é significativamente maior que outros” (GEOCOMBATE, 2020, p. [3]). A questão não diz respeito apenas a Salvador, mas a inúmeros locais do Brasil em

que cidadãos estão cotidianamente submetidos a profundos processos de desigualdade, discriminação e outros indicadores de vulnerabilidade socioeconômica.

Como destaca o Boletim Ciências Sociais e Coronavírus (2020, p. [5]), da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, é crucial considerar os efeitos da pandemia sobre comunidades rurais, negros, quilombolas e indígenas, pois tais segmentos estão entre os mais vulneráveis da população em diversos aspectos:

via de regra, esses segmentos residem/ocupam áreas de difícil acesso, ou favelas e palafitas (os chamados “aglomerados urbanos subnormais”), não alcançados pelos serviços e equipamentos públicos de saúde, saneamento e educação, por exemplo, de seus respectivos municípios e estados; frequentemente são vítimas de racismo institucional por parte, justamente, dos gestores desses serviços e/ou por seus operadores (o que também repercute diretamente no agravamento da condição acima descrita).

O Mapa Brasileiro da Covid-19, elaborado para medir o índice de distanciamento social e auxiliar no combate ao coronavírus, indicou em 22/3/2020 o maior pico de distanciamento alcançado, com o índice de 62,2% de média no Brasil. Após isso houve decréscimo de modo predominante nos percentuais: 59,9% em 29/3; 56,8% em 5/4; 54% em 12/4; 53,1% em 26/4; 50% em 3/5; 52,2% em 17/5; 49,8% em 31/5 e 39,04% em 4/6 (INLOCO, [2020]). É claro que essa medição apresenta apenas percentuais médios, mas os baixos índices também se explicam considerando outros elementos, pois não se pode desconsiderar que mais de 11 milhões de cidadãos no Brasil moram em casas superlotadas. Conforme dados do IBGE, em 2010 seis milhões não tinham banheiro em casa, 31 milhões não tinham acesso ao abastecimento de

água e um milhão vivia em casas com apenas um cômodo (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2020]).

Assim, como as medidas de distanciamento social podem fazer sentido para comunidades vulnerabilizadas? Tal reflexão remete à discussão do *habitus*, elemento importante para investigar a regra jurídica e a convergência das ações sociais. As práticas do mundo social não decorrem apenas da obediência às regras. Aliás, no início da pandemia do coronavírus, quase todos os estados e municípios brasileiros adotaram legislações restritivas; todavia, a efetividade não se encontra na regra, pois o *habitus* determina a práxis – como aduz Bourdieu (2004a, p. 96), “a regra não é automaticamente eficaz por si mesma”. No entendimento do sociólogo, ao lado das regras existem outros princípios geradores das práticas. A investigação sobre a obediência às regras remete à discussão acerca de uma espécie de sentido do jogo, exigindo a necessária reconstrução dos capitais de esquemas informacionais responsáveis pela produção das ações sociais, de esquemas práticos erigidos histórica e socialmente, responsáveis pela integração social:

O habitus, como sistema de disposições para a prática, é um fundamento objetivo de condutas regulares, logo, da regularidade das condutas, e, se é possível prever-se as práticas (neste caso, a sanção associada a uma determinada transgressão), é porque o *habitus* faz com que os agentes que o possuem comportem-se de uma determinada maneira em determinadas circunstâncias (BOURDIEU, 2004a, p. 98)¹⁶.

Ao examinar o contributo da sociologia crítica de Bourdieu para a compreensão dos modos de funcionamento das regras, Sckell (2016, p. 160) afirma que o *habitus* é princípio de ação, de compreensão e de competências adquiridas, funcionando como categorias de classificação e organização das ações, gerando comportamentos que são apropriados para a lógica objetiva do campo social: “A ação é orientada pelo jogo, não pela razão. Os comportamentos buscam um objetivo, mas sem pensar sobre isso. Eles são o produto de um ‘senso prático’ e não de um cálculo ou de uma obediência a uma regra. As disposições são a adaptação às situações, às esperanças e às possibilidades”.

As regras jurídicas sanitárias da Lei nº 13.979/2020 devem ter a capacidade de reforçar as disposições coletivas dos cidadãos em contextos de

¹⁶ O debate sobre a efetividade do poder de polícia sanitário direciona-se para a questão do senso prático, como afirma Bourdieu (2004a, p. 99, grifo do autor): “Na maior parte das condutas cotidianas, somos guiados por esquemas práticos, isto é, princípios que impõem a ordem na ação (*principium importans ordinem ad actum*, como dizia a escolástica), por esquemas informacionais. Trata-se de princípios de classificação, de hierarquização, de divisão que são também princípios de visão, em suma, tudo o que permite a cada um de nós distinguir coisas que outros confundem, operar uma *diacrisis*, um julgamento que separa”.

vulnerabilidade, salientando-se o Plano de Ação sugerido pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva ([2020], p. [1]) e outras entidades com a seguinte descrição do contexto da pandemia:

Um momento de calamidade sanitária como o que estamos vivendo deve ser encarado como um enorme desafio coletivo, pois este novo coronavírus destrói vidas e ataca as bases da economia e da sociedade como um todo. Diante desse quadro cada sociedade tem procurado encontrar as melhores alternativas de que dispõe. No Brasil, e mais especificamente nas suas grandes metrópoles, pode-se dizer que o ponto mais dramático da luta contra a epidemia apenas começou, agora que o coronavírus chegou com força nas favelas e periferias, espalhando em larga escala a Covid-19. Diante desse quadro, se um plano de ações mais estruturado e focalizado não for urgentemente colocado em prática o cenário que se coloca é de uma grande tragédia humanitária, com muito sofrimento, medo, mortes de pessoas de todas as idades, além de fome e possível desordem. E isso poderá ocorrer não apenas pela ação direta do vírus, mas também por seus efeitos indiretos, decorrentes da desorganização dos serviços básicos de saúde, e de seu impacto social, do qual o mais importante é o crescimento da insegurança alimentar.

Não considerar tal contexto no processo de aplicação das medidas sanitárias representa um equívoco, refletindo negativamente sobre a efetividade da própria Lei nº 13.979/2020 e do modo de funcionamento do campo administrativo sanitário, exigindo a ruptura epistemológica quanto ao desenvolvimento das ações públicas em período de emergência de saúde pública. A perspectiva dos agentes sanitários deve abarcar campos mais abrangentes, contribuindo para criar condições de amenizar os processos de vulnerabilização das comunidades; caso contrário, as regras sanitárias não integrarão o senso prático dos cidadãos – aquele sentido capaz de orientar as ações sociais não se submetendo ao

conjunto de regras explícitas, mas resultado do encontro entre o *habitus* e o campo social (BOURDIEU, 1994a, p. 64), com sua lógica específica de cidadãos imersos em profundo processo de descaso pelo Estado em matéria de serviços públicos básicos ou de políticas sociais de fato implementadas no território das comunidades.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julgou um caso representativo disso. Tratava-se de ação civil pública proposta pela Defensoria Pública estadual contra o município de São Paulo (SÃO PAULO, 2020) com o propósito de suspender qualquer medida direcionada ao fechamento da Unidade de Atendimento Diário Emergencial, serviço destinado a atender pessoas em situação de rua dos arredores da Rua Helvética, no centro da capital. O recurso foi interposto pela Administração Pública, cuja pretensão era modificar o acolhimento da liminar pelo juízo de primeiro grau, mas foi negado provimento, destacando-se que o município não poderia deixar tais cidadãos em situação de vulnerabilidade sem abrigo noturno durante a pandemia do coronavírus, dadas as dificuldades para buscar outras unidades: “O município tem o dever constitucional de propiciar serviços de assistência social e à saúde, dentre os quais o acolhimento de população vulnerável, nos locais de seu território onde se mostrem necessários” (SÃO PAULO, 2020, p. 4).

O caso examinado pelo TJSP é útil ao exemplificar a crítica de Bourdieu (2004a) ao formalismo. Muito embora o exercício do poder de polícia se fundamente em regras jurídicas, dotando-as de universalidade, quando se trata especialmente de aplicar medidas sanitárias deve-se ter presente que a efetividade no mundo social exige considerar que a normatividade é produzida no conjunto de determinadas condições históricas, sociais, econômicas, políticas, e decorre das múltiplas dinâmicas dos campos.

4 A juridicidade sanitária com enfoque nos direitos humanos: da regulação à emancipação

Nos termos já apontados, o poder de polícia sanitário no Brasil, marcadamente inserido na lógica de funcionamento do campo administrativo do Estado, articulou-se historicamente entre as questões do *habitus auctoritatis*, ensejando a figura do abuso de poder sanitário e os mecanismos de dominação, bem como do *habitus* burocrático, com as discussões sobre a efetividade das medidas para a proteção da saúde pública. No intuito de responder à questão formulada sobre as possibilidades de uma perspectiva sociojurídica contribuir para a emancipação dos cidadãos em contextos de vulnerabilidade, em especial durante o período da pandemia do coronavírus, exige-se modificar o modo de compreensão da juridicidade sanitária¹⁷, inserir o enfoque dos direitos humanos/direitos fundamentais, abrir a discussão para os processos sociais de regulação e emancipação.

Santos (1997, p. 77) expõe os dois princípios da modernidade: a regulação, constituída pelos princípios do Estado, do mercado e da

comunidade, e a emancipação, formada pelas racionalidades ético-expressiva da arte e da literatura, moral-prática da ética e do Direito, e cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Assim, sob o ponto de vista da regulação, o conhecimento direciona-se para fortalecer ações de ordem e controle, ao passo que na emancipação se privilegia a materialização da solidariedade e autonomização dos cidadãos. O paradigma da modernidade veicula a necessidade de equilibrar tais pilares, de modo a articular-se um equilíbrio dinâmico, mas não foi o que ocorreu:

vimos, porém, que nos últimos duzentos anos a racionalidade cognitivo instrumental da ciência e da tecnologia se foi impondo às demais. Com isto, o conhecimento-regulação conquistou a primazia sobre o conhecimento-emancipação: a ordem transformou-se na forma hegemônica de saber e o caos na forma hegemônica de ignorância. Este desequilíbrio a favor do conhecimento-regulação permitiu a este último recodificar nos seus próprios termos o conhecimento-emancipação (SANTOS, 2000, p. 79).

Para ultrapassar tal estado de coisas, seja sob o ponto de vista dos abusos de poder sanitário, seja na questão da (in)efetividade das medidas da Lei nº 13.979/2020, em relação aos cidadãos vulneráveis é preciso reinventar as ações administrativas sanitárias à luz da emancipação social, adotando-se o enfoque baseado em direitos humanos/direitos fundamentais.

Segundo Pérez Luño (1999, p. 48), os direitos humanos aparecem como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. De modo específico, no âmbito do poder de polícia, também se apontam os

¹⁷ Adota-se a expressão para significar a necessidade de institucionalizar normatividades mais amplas em termos democráticos, influenciando assim o conteúdo da concepção tradicional de legalidade, mas também para inserir no campo jurídico-administrativo a dimensão da historicidade, alterando a relação lei-tempo, em que o enfoque dos direitos humanos auxilia. No entendimento de Otero (2003, p. 15), muito embora em contexto diverso, “a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinário subjacente à Constituição de Bona”. Tal juízo possibilita o debate sobre o exercício do poder de polícia sanitário no Brasil e sobre a função da juridicidade sanitária de proteção aos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a falta de efetividade das medidas aplicadas.

direitos fundamentais¹⁸ exercendo a função de eficácia bloqueadora, instituindo barreiras à ação ordenadora do Estado quando, no caso do poder de polícia sanitário, houver violação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade ou, ainda, quando medidas sanitárias ocasionam a redução dos direitos fundamentais ao ponto de aniquilá-los (BINENBOJM, 2016, p. 117-122).

O discurso dos direitos humanos é capaz de criar condições de possibilidade para ultrapassar os problemas já destacados da *doxa* burocrática sanitária, de modo a melhor dotar de efetividade as medidas de saúde pública em relação às pessoas em situação de vulnerabilidade. A materialização das medidas para o combate à emergência sanitária causada pelo coronavírus não é compatível com tratamentos formalistas e abstratos; a historicidade dos direitos humanos (FARIÑAS DULCE, 1998, p. 356), na linha da história social¹⁹ dos problemas de Bourdieu (1989), abre a perspectiva de outra racionalidade para o exercício do poder de polícia, agora dotada de consciência histórica sobre as exigências

de igualdade, liberdade e dignidade que devem formar as disposições para a institucionalização dos problemas do mundo social, aqueles problemas oficializados e que ingressam no horizonte de atuação da Administração Pública.

Não se podem olvidar as dificuldades para laborar o poder de polícia sanitário com enfoque dos direitos humanos, pois romper o senso comum exige desenvolver atividade crítica em relação à linguagem oficial. No entendimento de Bourdieu (1989, p. 39), a linguagem “é um enorme depósito de pré-construções naturalizadas, ignoradas como tal, que funcionam como instrumentos inconscientes de construção”. Muitas das dificuldades para lidar com a aplicação de medidas de saúde pública, distanciamento social, isolamento, quarentena etc., decorrem da circunstância segundo a qual a conceituação administrativa do mundo social é formalizada por meio de categorias do entendimento burocrático, valendo-se os agentes públicos das taxinomias, sistemas de classificação que organizam o processo de compreensão. A linguagem dos direitos humanos, como linguagem questionadora do *status quo*, atua como primordial estratégia para a emancipação de cidadãos desprotegidos, invisíveis para as ações sanitárias oficiais, cujas necessidades, para que as normatividades de ordenação façam algum sentido, dependem da atuação conjunta de políticas sociais.

Outro aspecto imprescindível para desenvolver o questionamento do modo tradicional de exercício do poder de polícia sanitário no Brasil consiste no que Bourdieu (1989, p. 38-45) denomina *ruptura epistemológica*. Trata-se da ruptura do conjunto de crenças baseadas no senso comum do campo jurídico-administrativo, duvidando-se da tradição doutra, dialogando com a tradição, mas sem cair no erro de adotar de modo ingênuo aquilo que é pressuposto pelo senso comum, o conjunto de disposições

¹⁸ Em relação aos direitos fundamentais, destaca Sarlet (2015, p. 77) que, além da função limitativa do poder, constituem critérios de legitimação do poder estatal e da própria ordem constitucional. Os direitos fundamentais “são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”.

¹⁹ No intuito de ultrapassar o senso comum da *doxa*, Bourdieu (1989, p. 36) destaca a importância da história social dos problemas: “Um dos instrumentos mais poderosos da ruptura é a história social dos problemas, dos objetos e dos instrumentos de pensamento, quer dizer, do trabalho social de construção de instrumentos de construção da realidade social (como as noções comuns, papel, cultura, velhice etc., ou sistemas de classificação) que se realiza no próprio seio do mundo social, no seu conjunto, neste ou naquele campo especializado, e especialmente no campo das ciências sociais”.

que contribuem para a reprodução da ordem existente, impondo evidências de compreensão. Na reflexão realizada na primeira parte deste estudo, verificou-se a construção social e histórica daqueles pressupostos institucionalizados em matéria de ações administrativas sanitárias – entre eles, a concepção segundo a qual a relação de dominação, configurada por coerção e imperatividade, é capaz de abarcar as necessidades de saúde pública de cidadãos em contextos de vulnerabilidade.

A juridicidade sanitária, fundada no enfoque sugerido nesta investigação, introduz um âmbito maior para surgirem novos direitos, com os respectivos instrumentos de acesso aos serviços públicos para uma vida digna, até porque os direitos humanos não se limitam aos processos estatais de institucionalização excessivamente burocratizados (FARIÑAS DULCE, 1998, p. 358), restritos aos quadros da estrutura oficial, mas também confrontam as normatividades administrativas com cidadãos dispersos ou em movimentos sociais dos mais variados campos do mundo social, exigindo o permanente diálogo da Administração Pública. Caso contrário, haverá a contínua erosão da legitimidade democrática.

Na linha de Fariñas Dulce (1998, p. 359), o diálogo com os direitos humanos evidencia a necessidade de alterar os tradicionais processos de gestão relacionados com a aplicação de medidas de emergência de saúde pública. A racionalidade jurídica do poder de polícia sanitário deve fundar-se em pressupostos mais plurais e abertos, e com formas de organização das próprias comunidades vulnerabilizadas, muitas vezes fundadas em diretrizes como autogestão, diversidade, autonomia local e regional e a descentralização (FARIÑAS DULCE, 1998, p. 360).

A perspectiva sociojurídica, dialogando com a sociologia de Pierre Bourdieu, permite concluir a relevância do Direito (Administrativo)

para a emancipação social, pressupondo “o que ele chama de uma *política realista (Realpolitik) da razão*: todo e qualquer projeto de desenvolvimento da humanidade – mesmo em um quadro jurídico – deve considerar o desenvolvimento histórico dos valores universais – no nosso caso, aqueles relativos às questões de justiça” (SCKELL, 2016, p. 174, grifo da autora):

A maior parte das obras humanas que temos o hábito de considerar como universais – o direito, a ciência, a arte, a moral, a religião etc. – são indissociáveis do ponto de vista escolástico e das condições econômicas e sociais que as tornaram possíveis e que não têm nada de universal. Elas são engendradas nesses universos sociais muito específicos que são os campos de produção cultural (campo jurídico, campo científico, campo artístico, campo filosófico, etc.) e nos quais estão engajados agentes que têm em comum o *privilégio* de lutar pelo monopólio do universal, contribuindo assim para levar avante, aos poucos, verdades e valores tidos, em cada momento, como universais, isto é, eternos (BOURDIEU, 1997, p. 209, grifo do autor).

Universalizados de modo a permitir o acesso ao universal, os direitos humanos auxiliam na construção de um campo administrativo sanitário fincado em bases mais democráticas, inclusive nos termos da Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/2020, emitida para exortar os Estados americanos à adoção e implementação de medidas no contexto da pandemia causada pelo coronavírus, considerando que os instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos, em particular os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, devem ser garantidos sem discriminação a todas as pessoas e, de modo especial, aos grupos que são desproporcionalmente afetados “por estarem em situação de maior vulnerabilidade” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020, p. 2).

Tais indicações são relevantes para compreender o alcance do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.979/2020, ao regular as salvaguardas (VENTURA; AITH; RACHED, 2020, p. 27) para as pessoas afetadas pelas medidas previstas no dispositivo, assegurando-lhes o direito à informação e ao tratamento gratuito, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, remetendo de modo explícito às normatividades locais para o âmbito da proteção internacional dos direitos humanos prevista na Carta das Nações Unidas e na Constituição da OMS, destacando o problema da aplicação universal centrada na proteção de todos os povos.

5 Conclusão

O poder de polícia sanitário configura-se como tema tradicional do Direito Administrativo, mas adquiriu contornos especiais em virtude da pandemia da Covid-19. As ações desenvolvidas pelo Estado nesse campo suscitam inúmeros debates e controvérsias, pois o combate a epidemias relaciona-se com a utilização de instrumentos de gestão capazes de condicionar a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Daí a importância da reflexão sobre a história social, como a realizada neste breve estudo, de modo a descortinar modelos, paradigmas, olhares sobre a saúde pública e o conjunto de mecanismos para o combate às epidemias e emergências sanitárias. Com certeza, é difícil articular todos os interesses envolvidos e não sucumbir ao autoritarismo sanitário, sempre justificado pela proteção das pessoas afetadas por doenças que já assolaram o território nacional. A consciência histórica serve de alerta para que os agentes públicos, responsáveis pelo exercício do poder de polícia, compreendam os múltiplos contextos de desigualdade, em especial o dos cidadãos em situação de vulnerabilidade,

impondo-se articular o paradigma social da vigilância sanitária com disposições democráticas, voltadas para aprofundar a cidadania. A história demonstrou o equívoco de políticas distanciadas da comunidade ou que se subjugaram a outros interesses – oligárquicos, políticos e econômicos.

O poder de polícia sanitário precisa ultrapassar o senso burocrático de laborar com o medo, despertando a insegurança da população em quadros de emergência de saúde pública, situação que apenas é superada quando se revela a violência simbólica que alimenta o *habitus auctoritatis*, fundado em processos de dominação. É preciso transformar as condições sociais de produção das relações de poder de polícia, qualificando cada vez mais as ações públicas como planos de cidadania, e não de polícia administrativa.

Ao mesmo tempo, as questões de efetividade das medidas de emergência de saúde pública, em especial considerando as comunidades vulnerabilizadas, exigem a articulação conjunta da normatividade sanitária com ações de política social. Somente assim é possível erigir espaços democráticos de autonomização. Os cidadãos em contexto de vulnerabilidade socioeconômica tendem a dispor de menor capacidade de absorção dos impactos que as ações previstas na Lei nº 13.979/2020 provocam no cotidiano, quando se considera a distribuição desigual dos efeitos adversos, algo muitas vezes invisível no campo burocrático, refém dos procedimentos formalistas.

A própria falta de adesão às medidas de distanciamento social relaciona-se com a ausência de senso prático. As regras sanitárias devem ter a capacidade de reforçar o conjunto de disposições coletivas, o *habitus* cultural dos cidadãos imersos numa sociedade desigual, marcada por profundos processos de discriminação e indiferente à realidade de cidadãos que vivem em moradias desprovidas dos serviços públicos essenciais.

Quando se fala em poder de polícia sanitário, urge integrar no paradigma constitucional e democrático o equilíbrio entre regulação e emancipação. As ações concretas não devem primordialmente fundar-se na ordem, mas na construção de instâncias sociais de solidariedade, e a linguagem dos direitos humanos, de algum modo, contribui para que a normatividade sanitária da Lei nº 13.979/2020 deixe de privilegiar o tratamento formalista e abstrato das questões sanitárias da população. A historicidade dos direitos humanos remete à visão otimista segundo a qual outra racionalidade é possível, autorizando falar também em uma justiça sanitária, fincada nas bases da igualdade, liberdade e dignidade, trilha imprescindível para tornar as medidas de saúde pública um pouco mais efetivas.

Sobre o autor

Leonel Pires Ohlweiler é doutor e mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; pós-doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação da Universidade La Salle, Canoas, RS, Brasil. E-mail: leonelpires@terra.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

OHLWEILER, Leonel Pires. Perspectivas sociojurídicas do poder de polícia sanitário e emergência de saúde pública: vulnerabilidades e o enfoque dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 195-218, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p195

(APA)

Ohlweiler, L. P. (2021). Perspectivas sociojurídicas do poder de polícia sanitário e emergência de saúde pública: vulnerabilidades e o enfoque dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 195-218. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p195

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA. *Covid nas favelas do Rio de Janeiro: uma catástrofe a ser evitada*. [Rio de Janeiro]: Abrasco, [2020]. Disponível em: https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2020/05/PlanodeAcao_COVID19-e-FAVELAS-RJ.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOLETIM CIÊNCIAS SOCIAIS E CORONAVÍRUS. [São Paulo]: Anpocs, n. 28, 27 abr. 2020. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/boletim/boletim_CS/Boletim_n28.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO COE COVID-19. [Brasília, DF]: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, n. 5, 14 mar. 2020. Disponível em: http://maismedicos.gov.br/images/PDF/2020_03_13_Boletim-Epidemiologico-05.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

_____. *Coisas ditas*. Tradução de Cassia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 2004a.

_____. Da casa do rei à razão de Estado: um modelo da gênese do campo burocrático. In: WACQUANT, Lóic (org.). *O mistério do ministério*: Pierre Bourdieu e a política democrática. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 41-69.

_____. Esboço de uma teoria da prática. In: ORTIZ, Renato (org.). *Pierre Bourdieu*: sociologia. Tradução de Paula Monteiro e Alicia Auzmendi. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994a. p. 46-81.

_____. O campo científico. In: ORTIZ, Renato (org.). *Pierre Bourdieu*: sociologia. Tradução de Paula Montero e Alicia Auzmendi. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994b. p. 122-155.

_____. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. (Memória e Sociedade).

_____. *Os usos sociais da ciência*: por uma sociologia clínica do campo científico. Tradução de Denice Barbara Catani. São Paulo: Ed. Unesp, 2004b.

_____. *Razões práticas*: sobre a teoria da ação. Tradução de Mariza Corrêa. Campinas: Papirus, 1997.

BRASIL. Alvará de 22 de janeiro de 1810: leis históricas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 6, n. 70, mar. 2005a. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/544/536>. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020*. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. A construção da vigilância em saúde. In: _____. *CBVE*: Curso Básico de Vigilância Epidemiológica. Coordenação geral de Vera Lúcia Gattás. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005b. p. 11-29. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/Curso_vigilancia_epidemiologico.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Presidência). *Suspensão de Liminar 1.309/SP*. Requerente: Município de São Bernardo do Campo. Requerido: Relator do AI nº 2059248-

62.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Registrado: Min. Dias Toffoli, 1º de abril de 2020d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342813426&ext=.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Presidência). *Suspensão de Liminar 1.315/PR*. Requerente: Município de Umuarama. Requerido: Relator do HC nº 0016440-55.2020.8.16.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Registrado: Min. Dias Toffoli, 17 de abril de 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342924569&ext=.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

CABRAL, Dilma. Físico-mor/fiscatura-mor do Reino, Estado e domínios ultramarinos. *Arquivo Nacional*: MAPA: Memória da Administração Pública Brasileira, [Brasília, DF], 12 dez. 2017. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/182-fisico-mor-fiscatura-mor-do-reino-estado-e-dominios-ultramarinos>. Acesso em: 6 out. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20, de 9 de abril de 2020*. [San José]: Corte IDH, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

COSTA, Ediné Alves; ROZENFELD, Suely. Constituição da vigilância sanitária no Brasil. In: ROZENFELD, Suely (org.). *Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2000. p. 15-40. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/d63fk/pdf/rozenfeld-9788575413258.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

FARIÑAS DULCE, María José. Los derechos humanos desde una perspectiva sociojurídica. *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, [Madrid], v. 3, n. 6, p. 355-375, fev. 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1343>. Acesso em: 6 out. 2020.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociologia do direito: uma abordagem sociopolítica*. Porto: Vida Económica, 2019.

GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. *Origem das políticas de saúde pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*. Ouro Preto: UFOP, c2020. (Textos do Departamento de Ciências Médicas/Escola de Farmácia). Disponível em: <https://docplayer.com.br/8959434-Origem-das-politicas-de-saude-publica-no-brasil-do-brasil-colonia-a-1930.html>. Acesso em: 6 out. 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1995.

GEOCOMBATE. Risco dos bairros de Salvador ao espalhamento da Covid-19 decorrente da circulação de pessoas e condições socioeconômicas. *Nota Técnica de Pesquisadores do Grupo GeoCombate Covid-19 BA*, [Salvador], 29 mar. 2020. Disponível em: <http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Nota-Técnica-01-Grupo-GeoCombate-COVID19-BA-1.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 2.

HENRIQUE, Alfredo. São Bernardo do Campo restringe circulação de idosos nas ruas a partir de domingo (29). *Folha de S.Paulo*, São Paulo Agora, São Paulo, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2020/03/sao-bernardo-do-campo-restringe-circulacao-de-idosos-nas-ruas-a-partir-de-domingo-29.shtml>. Acesso em: 6 out. 2020.

INLOCO. *Mapa brasileiro da Covid-19*. [S. l.]: Inloco, [2020]. Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>. Acesso em: 6 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua*. [S. l.]: IBGE, [2020]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=downloads>. Acesso em: 6 out. 2020.

MARTUCCELLI, Danilo. Semânticas históricas de la vulnerabilidad. *Revista de Estudios Sociales*, [s. l.], n. 59, p. 125-133, enero/marzo 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.7440/res59.2017.10>. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n59/0123-885X-res-59-00125.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Considerações sobre medidas de distanciamento social e medidas relacionadas com as viagens no contexto da resposta à pandemia de Covid-19*. [S. l.]: OPAS: OMS, 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52045/OPASBRACOV1920039_por.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 6 out. 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIRES, Roberto Rocha C. Os efeitos sobre grupos sociais e territórios vulnerabilizados das medidas de enfrentamento à crise sanitária da Covid-19: propostas para o aperfeiçoamento da ação pública. *Boletim de Análise Político-Institucional*, [Brasília, DF], n. 22, p. 51-58, abr. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10092/1/BAPI_N22_COVID%2019_Artigo%204.pdf. Acesso em: 6 out. 2020.

RACITI, Paolo. Le dimensioni della vulnerabilità e la vita buona: un'introduzione ai concetti. *Dialegethai*, [s. l.], ano 11, 2009. Disponível em: <http://mondodomani.org/dialegethai/pr02.htm>. Acesso em: 6 out. 2020.

REGIMENTO do físico-mor. *O Arquivo Nacional e a História Luso-Brasileira*, [Brasília, DF], 2 ago. 2018. Disponível em: http://historialuso.arquivonacional.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3494&Itemid=294. Acesso em: 6 out. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SÃO BERNARDO DO CAMPO. *Decreto nº 21.118, de 24 de março de 2020*. Decreta restrições de ordem sanitárias aos idosos que estejam no território do Município, e dá outras providências. [S. l.]: LeisMunicipais, 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sp/s/sao-bernardo-do-campo/decreto/2020/2112/21118/decreto-n-21118-2020-decreta-restricoes-de-ordem-sanitarias-aos-idosos-que-estejam-no-territorio-do-municipio-e-das-outras-providencias?r=p>. Acesso em: 6 out. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (10. Câmara de Direito Público). *Agravo de Instrumento nº 2080495-02.2020.8.26.0000*. Ação civil pública. Acolhimento – assistência social a vulnerável – unidade de atendimento – Cracolândia – fechamento – suspensão – tutela de urgência – possibilidade: – a tutela de urgência não pode ser negada quando notório o perigo de acentuação do desabrigo de vulnerável. Agravante: Município de São Paulo. Agravada: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Relatora: Des. Teresa Ramos Marques, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13538412&cdForo=0>. Acesso em: 6 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, [São Paulo], v. 28, n. 1, p. 157-178, abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2016.107933>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/107933>. Acesso em: 6 out. 2020.

SCLLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Cosac Naify, 2010. (Coleção Ensaios, 16).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo Coronavírus e a “Lei de Quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, p. 1-38, 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49180. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180/32876>. Acesso em: 6 out. 2020.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 2015. v. 2.

Tax regressivity as indirect discrimination

An analysis of the Brazilian tax system in light of the principle of non-discrimination

THIAGO ÁLVARES FEITAL

Abstract: The link between taxation and human rights is complex. Without revenue, States cannot meet their human rights obligations. Human rights treaties, simultaneously, limit the range of permissible tax policies. In this context, is it possible to apply the principle of non-discrimination when analysing a tax system compliance with human rights? Is there any connection between tax regressivity and discrimination? This paper addresses these questions in the United Nations Human Rights System. Presenting the Brazilian case as an example, we investigate the relationship between taxation and the principle of non-discrimination. The analysis of the structure and effects of Brazilian tax legislation allows us to conclude that it has a disproportionate impact on the poorest. This shows a failure to comply with the principle of non-discrimination.

Keywords: Non-discrimination. Taxation. Economic and social rights. Tax regressivity. Indirect discrimination.

Regressividade tributária como discriminação indireta: uma análise do sistema tributário brasileiro à luz do princípio da não discriminação

Resumo: O vínculo entre tributação e direitos humanos é complexo. Sem receitas os Estados não podem cumprir suas obrigações de direitos humanos. Tratados de direitos humanos simultaneamente limitam o escopo de políticas tributárias permissíveis. Nesse contexto, é possível aplicar o princípio da não discriminação para analisar a adequação de um sistema tributário aos direitos humanos? Há alguma conexão entre tributos regressivos e discriminação? Este trabalho aborda essas questões no contexto do sistema de direitos humanos das Nações Unidas. Apresentando o caso brasileiro como exemplo, investiga-se a relação entre tributação e

Recebido em 18/12/20
Aprovado em 19/3/21

o princípio da não discriminação. A análise da estrutura e dos efeitos da legislação tributária brasileira permite concluir que ela tem um impacto desproporcional sobre os mais pobres, o que demonstra a incapacidade de cumprir com o princípio da não discriminação.

Palavras-chave: Não discriminação. Tributação. Direitos econômicos e sociais. Regressividade tributária. Discriminação indireta.

1 Introduction

Over the past decade, the interest of human rights activists in the public budget has increased. In the vast array of articles, reports, monographs and toolkits published on the subject, the primary focus is on public expenditure analysis. These studies have drawn attention to the fact that (i) human rights have a cost and consequently (ii) by investigating public spending one can make inferences about the implementation of human rights obligations. Recently, researchers and practitioners have been focusing on public revenue, more precisely on taxation. A landmark of this taxation turn, within the United Nations Human Rights System, is the Report of the Special Rapporteur on the extreme poverty and human rights of 2014. Written by Magdalena Sepúlveda Carmona, the report was the first to address exclusively the subject of taxation and human rights. According to the former Special Rapporteur, although human rights obligations do not prescribe specific tax policies, they do “impose limits on the discretion of States in the formulation of fiscal policies” (para. 4) (UNITED NATIONS, 2014, p. 3).

Starting from this premise, we examine the principle of non-discrimination to identify its semantics and the limitations it may impose on tax policy. We then explore the significance of the principle for understanding the relationship between taxation and economic and social rights. This led us to apply the principle to the Brazilian tax system to assess whether it complies with non-discrimination. Through the study of the Brazilian case, this paper describes the State responsibility for the effects of tax legislation and suggests that tax regressivity is an example of indirect discrimination.

We will structure the article in six main parts. In Section 2, we explore the normative framework of non-discrimination and its interpretation. To provide a comprehensive view we consider the authoritative interpretation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) and

the scholarly literature. We do not aim at this stage to present a comprehensive assessment of the bibliography on non-discrimination, but only to highlight the complexity of the subject and point out how the general theory of non-discrimination can contribute to the growing debate on taxation and human rights. In Section 3, we show how economic and social rights intersect the connection between tax policy and human rights. We address the issue using the concepts of precarity and precariousness developed by Judith Butler. Those concepts allow us to understand how taxation relates to the achievement of the State's objectives, including the reduction of vulnerability via economic and social rights. Still, in this section, we examine the material and normative links between taxation and human rights. In Section 4, we describe the structure of the Brazilian tax system to show its regressivity. In Section 5, we argue that the (tax) legislator is accountable for the effects of the legislation he creates, which in the international sphere is reflected in the State's obligation to monitor and correct the effects of its acts. We present the effects of tax regressivity in Brazil and argue that it is a form of indirect discrimination. In Section 6, we conclude with general reflections on the role of tax law to minimize vulnerability.

2 Non-discrimination in the United Nations Human Rights System

The right not to be discriminated against, a corollary of equality, is present in all human rights treaties (UNITED NATIONS, 2017, p. 30) and "have been at the centre of international human rights law since its origins" (SCHUTTER, 2010, p. 561). The Charter of the United Nations includes the prohibition of discrimination in Article 1 (3). As this article states, it is the purpose of the organisation "to achieve international

cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion" (UNITED NATIONS, 1945, p. 3). The prohibition appears again in The Universal Declaration of Human Rights (UNITED NATIONS, 1948). It stipulates that the entitlement to the rights it proclaims is universal and, therefore, prohibits discrimination of any kind in its Article 2 (1). Similarly, Article 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) establishes an obligation for States Parties to take the necessary measures to achieve gender equality, so that men and women enjoy civil and political rights equally. It is, however, in Article 26¹ of the ICCPR that formal equality – "persons are equal before the law" – and substantive equality – "persons [...] are entitled without any discrimination to the equal protection of the law" – are conceptualised (UNITED NATIONS, 1966a).

In the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), there is a broad definition of equality in Article 2 (2). This article requires States to "guarantee that the rights [...] will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". The Article 3 of ICESCR establishes equality, in the form of gender equality: "the States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of

¹"All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status" (UNITED NATIONS, 1966a).

all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant” (UNITED NATIONS, 1966b). Several other articles of the ICESCR also include equality, which is intended to stress that the enjoyment of the rights specified in the treaty must occur in a non-discriminatory and egalitarian manner. In the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, equality is expressed as the duty to promote the enjoyment of human rights without distinction of race, colour, nationality or ethnicity (UNITED NATIONS, 1965). In the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, equality is defined, *a contrario sensu*, through the concept of gender discrimination, in Article 1.²

2.1 Non-discrimination in General Comment No. 20 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

While the ICESCR guarantees the exercise of rights without discrimination, it does not define “discrimination”. The task was carried out by the CESCR, the treaty body charged with monitoring the implementation of the ICESCR and with producing authoritative interpretations of its text. Formally, General Comments (GC) are not legally binding. However, as Keller and Grover (2012, p. 129) explain, they (i) “increase the density of international practice on the interpretation of the Covenant”; (ii) “contribute to the emergence of customary international legal norms”; (iii) “may be useful to judges trying to resolve hard cases by setting out important

background principles against which a law may be analysed”; and (iv) “can also assist legislators who are trying to draft laws in compliance with the Covenant”. Hence, in 2009, CESCR published the GC No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights. In this document, its first attempt to address broadly non-discrimination, the CESCR approaches the principle analytically. In its interpretation, it is possible to notice that three elements are the basis of the concept of discrimination: (i) form; (ii) grounds; and (iii) effect (para. 7) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 3). Regarding (i) form, discrimination may take place through distinction, exclusion, restriction, preference or differential treatment. The form is how one will convey discrimination. Thus, in theory, discrimination in the form of a distinction will differ from discrimination in the form of exclusion or restriction and will require different remedies. Concerning (ii) grounds, the means listed above will always be based (ii.1) directly or (ii.2) indirectly on prohibited grounds of discrimination. This is a logical requirement for discrimination to fit into the type (*Tatbestand*) of discrimination prohibited by the human rights system.³ The following are prohibited grounds for discrimination according to the ICESCR: (a) race, (b) colour, (c) sex, (d) language, (e) religion, (f) political or other opinion, (g) national or social origin, (h) property, (i) birth or (j) other status. As stated in Limburg Principle No. 36⁴, this list is non-exhaustive, as we can deduce from its open-ended text (“other status”). Finally, the discrimination should have (iii) the effect of (iii.1) nullifying or (iii.2) impairing

²“For the purposes of the present Convention, the term ‘discrimination against women’ shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field” (UNITED NATIONS, 1979).

³Although this debate seems to be resolved, we must remember that there is no ban on positive discrimination in the human rights system.

⁴“36. The grounds of discrimination mentioned in article 2 (2) are not exhaustive” (UNITED NATIONS, 1987, p. 4).

the (iii.a) recognition; (iii.b) enjoyment; or the (iii.c) exercise (on an equal footing) of economic, social or cultural rights.

GC No. 20 also differentiates formal from substantive discrimination through explicit definitions (para. 8) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 3-4). Discrimination, just as equality, is always relational (see below). Hence, to verify the existence of formal discrimination, the ICESCR interpreter should compare the formal treatment granted to groups or individuals in the Constitution, laws, policy documents and others. The search for material discrimination will, in turn, require sensibility to the effects of the norm. The analysis of effects will also apply to distinguish direct from indirect discrimination. In the first scenario, the individual is the object of disadvantageous treatment (distinction, exclusion, restriction, preference or differential treatment) that affects him directly (para. 10, a) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 4). In the second scenario, the unfavourable treatment is pervasive: laws, policies or practices neutral at face-value ultimately affect certain groups disproportionately because of factors external to the norm (para. 10, b) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 4). Direct discrimination is easily perceived and is often provided for at the lexical level of legislation, an administrative act or sentence. Indirect discrimination, by contrast, is perceived only through its consequences. Thus, a black-letter analysis of the law, policies or practices could not reveal the existence of this form of discrimination.

In addressing indirect discrimination (para. 13) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 5), the interpreter should consider the pervasive damage (para. 8) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 3-4) and historical neglect suffered by a particular group. Considering these social factors does not represent a deviation from what we expect of an interpreter of the law. Quite the contrary.

As longstanding hermeneutical approaches to law stress, every legal norm refers and relates to empirical elements. This compels the interpreter to consider all the relevant data to which the rule refers. To disregard the factual reference of the norm would turn the interpretation of human rights treaties into a parody of syntactic analysis, in which the axiomatic reduction of reality to normative utterances would obliterate the relationships between signifier, signified and context in these texts. Regarding the principle of non-discrimination, the notion of indirect discrimination recalls that international treaties are not axiologically neutral. Instead, they are justified only as an instrument for combating the multiple and pervasive threats to human life around the globe. For this reason, the principle of non-discrimination comprises a prohibition of systemic discrimination. GC No. 20 defines “systemic discrimination” as the pervasive discrimination that disproportionately affects certain social groups through practices or cultural attitudes dominant in the public or private sphere (para. 12) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 5). Besides, CDESCR also recognizes the existence of multiple discriminations (para. 17) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 6), which is consistent with the concepts of intersectionality (CRENSHAW, 1989) and interdependence (see below). Vandenhoe (2005, p. 68) stresses that CDESCR does not differentiate between deliberate and non-intentional discrimination. The Committee prefers the terms “discrimination in purpose” and “discrimination in effect”, supporting the opinion that “discriminatory intent is not a necessary element” (SEPÚLVEDA CARMONA, 2003, p. 388) to characterize discrimination (see Section 4).

Finally, according to GC No. 20 non-discrimination is an immediate obligation (para. 7) that can take the form of either negative (refraining from discriminating on prohibited

grounds) or positive (adopting concrete and deliberate measures to eliminate discrimination). As Sepúlveda Carmona (2003, p. 397-404) systematises, these are obligations: (1) “to abstain from denying or limiting equal access for all persons to the enjoyment of the rights”; (2) “to review national legislation in order to assess the existence of any discriminatory impact and to repeal or amend legislation that is found to be discriminatory”; (3) “to take legislative measures to combat discrimination”; and (4) “to take special protective measures and affirmative action for the benefit of vulnerable and disadvantaged groups”. Among the necessary measures, adopting legislation is indispensable (para. 2) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 1). This obligation includes both the duty to produce new legislation or policies and the duty to review all existing legislation and policies (obligation to monitor) (para. 41) (UNITED NATIONS, 2009a, p. 13). The purpose of this monitoring is to amend the legislation when necessary to eliminate formal or substantive discrimination. As seen, the latter will manifest themselves in the effects of apparently neutral laws or policies.

A fertile scientific literature complements the authoritative interpretation of the principle of non-discrimination.

2.2 The multidimensional nature of equality and non-discrimination

In *Discrimination law*, Fredman (2011) states that substantive equality is a multidimensional norm. Her approach distances itself from monolithic conceptions because she understands equality as a right with four dimensions: (i) redistribution, (ii) recognition, (iii) transformation and (iv) participation. Since these dimensions are intertwined without “any lexical priority” (FREDMAN, 2019, p. 84), the realization of equality depends on the fulfilment of all of them.

The dimension of redistribution requires that the State addresses the inequality experienced by particular social groups. In this form, substantive inequality amounts to the unequal distribution of resources between people. In the sense adopted here, we cannot understand inequality only regarding the distribution of material goods. Distributive inequality always encompasses the unequal distribution of “social structures such as decision-making power, the division of labour and culture, or the symbolic meanings attached to people, actions, and things” (FREDMAN, 2011, p. 29). Fredman’s theory draws not only on Iris Young, Amartya Sen and Martha Nussbaum, quoted by the author but also on Nancy Fraser. Both theories seek to integrate redistribution and recognition. The latter (recognition) is the second dimension of equality and concerns the enjoyment of another important principle of human rights: dignity. Fredman links equality in this second dimension to the “respect for

the equal dignity and worth of all” that “speaks to our basic humanity”. As Fraser argues, there is no contradiction between these two demands. Fredman (2011, p. 29) reaches the same conclusion when she states that “these two dimensions of equality should pull together rather than against each other”. Hence, both the classical issues of redistribution and the issues usually described as “identity issues” are part of the same problem: social justice (FRASER, 2002). That is because in the praxis of social movements, questions traditionally related to the Welfare State and questions raised by feminism, the gay movement, queer theory and the anti-racist movement merge (FRASER, 2011, p. 45). By aggregating the two analyses we can argue that the first dimension of equality (redistribution) comprises “the transformation of fundamental economic structures” (FRASER, 2011, p. 45, our translation), such as income redistribution and the reorganisation of labour division, to combat stigma as well. As we will see below, these two dimensions relate to vulnerability in its political form.

Recognition is tied to the third dimension (transformation) since Fraser recognises that patterns of domination based on race, gender, sexuality, or physical ability result from complex historical and social variables. These variables are markers of difference saturated with social meaning. Thus, through the transformative dimension of equality, the aim is to alter the social processes through which difference becomes discrimination. According to Fredman (2011, p. 30), “the problem is not so much difference per se, but the detriment which is attached to difference”. As Ferrajoli (2010, p. 75, our translation) explains, a reductive analysis of equality can cause the “juridical homologation of differences”. When the law ignores differences, it universalises equality falsely. This leads to *de facto* sanctioning of the ignored differences,

which contributes to the naturalisation of substantive inequality under the appearance of formal equality. By contrast, the transformative dimension requires States to connect “differences to equality” and to contrast differences “with inequalities and discrimination” (FERRAJOLI, 2018, p. 82, our translation).

The fourth dimension (participation), as Fredman (2011, p. 32) explains, concerns not just political participation but also participation in community life. Here the author returns to both Young and Fraser to give centrality to the processes of participation that manifest themselves in various forms. This dimension is associated with the public-private divide. As decades of feminist studies warn us, this division operates as a *dispositif*⁵ – in the Foucauldian sense – to reduce the participation of women in the public space. Following a tenacious discriminatory logic, the woman must occupy the space of home and family. On the other hand, the man, who “rises above passion and desire” (YOUNG, 1990, p. 111), is especially suited to public space. Particularly in the case of Brazil, this scheme becomes more complex. According to Souza (2019, p. 122-137), between the 1920s and 1930s, the Brazilian public sphere was born already colonised by economic capital (something that does not happen in Europe), ensuring the persistence of symbolic domination in public discourse. In the global South, in general, we can also associate the dimension of participation with a deficit of democratic representation of marginalised groups, such as the poor workers, indigenous and black people.

The mere schematisation of these dimensions shows the complexity of equality and non-discrimination. To understand

⁵ There is not a satisfactory English translation for “dispositif”. It is frequently translated as “deployment”, “device”, “mechanism”, etc.

how the redistributive dimension of equality and substantive discrimination associates with taxation, it is necessary to analyse their connection to substantive human rights. We suggest that this analysis starts with the right to life, as we do in this paper. First, because of its importance to human rights as a whole. According to the Human Rights Committee, the right to life is the “supreme right” (para. 2) (UNITED NATIONS, 2019, p. 1). Such an approach is also justified because the right to life, although formally included in the ICCPR, allows easy identification of the interdependence between human rights and the importance of economic and social rights. These latter are more directly associated with the fiscal activity of the State (see below).

3 Vulnerability, tax policy and human rights policy

In *Frames of war*, Butler (2009) distinguishes “precariousness” and “precarity”. The former is an ontological quality of all living organisms, a “more or less existential conception” (BUTLER, 2009, p. 3). Based on the premise that all bodies are exposed in the world – “bodies are not self-enclosed kinds of entities” (BUTLER, 2015, p. 72) – and are subject to destruction, Butler calls this vulnerability inherent to living beings’ “precariousness”. The possibility of being extinguished, which is characteristic of all biological bodies, including human bodies, suggests that human agency depends on numerous supports. At the same time, the relationship between agency and the conditions that make life possible – “conditions for persisting and flourishing” (BUTLER, 2009, p. 29) – indicates that vulnerability has also a political modality. This is what she calls precarity: an induced condition that leads to

an unequal distribution of the very possibility to live.

Even the existential modality of human vulnerability presupposes some sociability. Thus, one can say that “one’s life is always in some sense in the hands of the other” (BUTLER, 2009, p. 14). Precariousness is thereby a pervasive condition which, ultimately, concerns the fragility of life that is always subject to the impending nature of death. Ethically (Butler’s area of concern is philosophy) precariousness refers to obligations “to the conditions that make life possible” (BUTLER, 2009, p. 23). These obligations encompass the provision of material goods and the more comprehensive duty “to minimize precariousness and its unequal distribution” (BUTLER, 2009, p. 22). While Butler does not use human rights terminology (for reasons entirely comprehensible in her work) it is easy to note the convergence of Butler’s discourse with economic and social rights. This alignment becomes even more striking when the author states that these obligations include positive social duties as “food, shelter, work, medical care, education,⁶ rights of mobility and expression, protection” (BUTLER, 2009, p. 22).

Turning away from liberal and proceduralist theories, Butler (2009, p. 35) assimilates the right to life to a question of “sustaining social conditions”. This entails, in her philosophical project, questioning individual responsibility, which is one tenet of neoliberalism (BROWN, 2015; HARVEY, 2005, p. 51). Following a Lévinasian orientation, Butler takes responsibility away from consensus and bases it directly on intersubjective bonds. This implies a reassessment of the overvaluation of the formal dimension of participation rights in civil life at the expense of economic and social rights. It also

⁶ Rights established under Articles 6, 11, 12 and 13 of ICESCR (UNITED NATIONS, 1966b).

implies rethinking the substantial dimension of equality. In this regard, the fundamental political task is to minimize “the condition of precariousness in egalitarian ways” (BUTLER, 2009, p. 54), which means to fight precarity. This dispute can only take place in the political arena. In fact, according to the vigorous Latin America critical thinking, the role of human rights is precisely to deconstruct “that which does not allow living” (DUSSEL, 2006, p. 369, our translation) and to denounce “the presence of death in concrete reality” (HINKELAMMERT, 1984, p. 38, our translation).

According to Butler (2004, p. 20), it is as members of a society that we become the subject – “each of us is constituted politically in part by virtue of the social vulnerability of our bodies”. For this reason, the fight against discrimination is a collective struggle in which “we argue as a group or a class” (BUTLER, 2004, p. 24). Here we can return to the multidimensional nature of equality to emphasise that the dichotomy between recognition and redistribution is false. It is as a group – which presupposes some prior sense of identity – that we organise ourselves to make political claims. Democracy depends, therefore, on the recognition of the fundamental bond of dependence and the obligations we have toward one another. As we have seen, the redistributive dimension of equality implies recognition, something that Fredman and Fraser both defend. The concept of vulnerability (precariousness and precarity) presented here overcomes the limitations of the redistribution-or-recognition dualism. Pragmatically, “identitary” features and economic structures blend themselves to make “certain human lives [...] more vulnerable than others” (BUTLER, 2004, p. 30). This unequal distribution of vulnerability is precisely what the human rights system stands to prevent, aiming at the “advent of a world in which human beings

shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people” (UNITED NATIONS, 1948). This vulnerability, as Butler claims, derives of our social condition: “vulnerability should not be considered as a subjective state but rather as a feature of our shared or interdependent lives” (BUTLER, 2020, p. 45) so we can only understand equality within the framework of our precarity (BUTLER, 2015, p. 218) and of the obligations that we can derive from it. That is why equality is always “equality among individuals” (BUTLER, 2020, p. 44-45), as the Theory of Law has long asserted (see Perelman (1963)).

We can understand the rights under ICESCR as a response to our interdependence and vulnerability. The Covenant seeks to create a minimum framework for a dignified life. As Butler (2020, p. 46) claims, “one is vulnerable to the social structure upon which one depends, so if the structure fails, one is exposed to a precarious condition”. It is not a question of utopianly imagining a way to overcome interdependence. Rather, it is about assuming vulnerability and interdependence as “condition[s] of equality” (BUTLER, 2020, p. 44) and as a condition of our humanity. This is the view expressed by the Human Rights Committee when it adopted GC No. 36 in 2018. Approaching vulnerability as a trait of our “constitutive relations to other humans, living processes, and inorganic conditions and vehicles for living” (BUTLER, 2015, p. 130). GC No. 36, in its third section, exemplifies tangible everyday threats to the enjoyment of the right to life:⁷ hunger and malnutrition; the prevalence of life-threatening diseases; extreme poverty; homelessness; degradation of the environment; pervasive industrial accidents; structural patterns

⁷For an overview, see Joseph (2019).

of violence especially against children in street situations, unaccompanied migrant children and children in situations of armed conflict; members of ethnic and religious minorities and indigenous peoples, lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons, persons with albinism, alleged witches, displaced persons, asylum seekers, refugees and stateless persons (UNITED NATIONS, 2019, p. 5-6).

If we ask – as the Human Rights Committee did – what conditions make life possible? And how are these conditions distributed? Inevitably we will encounter the economic and social rights guaranteed by the ICESCR. If life depends on material conditions and if one cannot think of an ontology outside these socially shared conditions, the right to life becomes the right to demand from the State the fulfilment of these material conditions. By pointing to the possibility of understanding life as “a conditioned process, and not as the internal feature of a monadic individual” (BUTLER, 2009, p. 23) and, considering that there is no life without access to a minimum material structure, the positive dimension of the right to life is highlighted. Its realisation will, therefore, depend on State intervention to correct the unequal distribution of these material elements, which draws attention to the positive aspect of the non-discrimination obligation. This brings us into the sphere of the State’s fiscal activity. This activity is the instrument that enables, through revenue collection, the necessary expenditures to realise human rights.

3.1 Tax policy as human rights policy

The link between fiscal policy and the enjoyment of human rights is the subject of a vast bibliography. As this literature shows the “idea that fiscal policy is a technical matter best left to public finance experts” (BALAKRISHNAN;

HEINTZ; ELSON, 2016, p. 53) is wrong. In reality, the connection between human rights and the public budget – “government’s most important policy document” (REISCH, 2019, p. 36) – is both material and normative.

3.1.1 The material dimension of the relationship between taxation and human rights

Without revenue, States cannot meet their obligations under human rights treaties. At least since the publication of “The crisis of the tax state” by Schumpeter (1991), we know that taxation is the political institution par excellence, besides being the major source of revenue in contemporary States. This link between taxation and human rights is most clear in economic, social and cultural rights, but it also exists in civil and political rights, since all rights have an economic cost (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Human rights are therefore a matter of public finances. Except for States that completely depend on the exploitation of natural resources or financial aid from international institutions, the majority rely on taxation as a source of revenue (SAIZ, 2013, p. 82). Analysed in this macro dimension, taxes prove to be an indispensable instrument to maintain the stability of the legal system. Holmes and Sustain (1999, p. 59) summed it up in the adage “no property without taxation”. The tax system is also the instrument to realise the ideal of social justice that the government will pursue (MURPHY; NAGEL, 2002). Therefore, it is in this context that we should assess taxation: fair is the tax system that makes a just society possible (GALLO, 2007, p. 102); adequate from the human rights point of view is the tax system that enables States to fulfil their human rights obligations.

From an instrumentalist perspective, the tax system is the institution⁸ whose function is to transfer resources from individuals to the treasury. Hence its political character.⁹ Its purpose is to finance the fulfilment of the State's constitutional obligations, among which the realisation of civil, political, economic, social and cultural rights deserves to be highlighted. Naturally, this vision contrasts with the conventional thought that sees taxation as a burden.¹⁰

3.1.2 The normative dimension of the relationship between taxation and human rights

Taxation determines (economically) the realisation of human rights and human rights obligations, although they do not prescribe specific tax policies they do “impose limits on the discretion of States in the formulation of fiscal policies” (para. 4) (UNITED NATIONS, 2014, p. 3). Thus, while it is true that the choice of a tax system, like the choice of any other element of the economy, is political and therefore not inexorable (POLANYI, 2001), it is also true that the alternatives are limited. And it could not be otherwise since human rights treaties are hierarchically superior to domestic laws and the acts of both the Executive and the Judiciary. Those are manifestations of the will of the State or mere facts (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, 1926). Hence, the design of a tax system must consider the obligations arising from such treaties because (i) the legal and political legitimacy of contemporary States depends on the compliance with international (human rights) law and (ii) the implementation of a tax system that does not comply with human rights obligations subjects the State to international responsibility. Canotilho (2001, p. 244, our translation) argues, regarding the legislator's binding to the Constitution, that “the law [...] is a positive and negative act determined by the fundamental law”. Similarly, human rights treaties impose positive and negative limits on State sovereignty. While in domestic constitutional law the determination of these limits is complex and subject to challenging theoretical matters, in the international sphere of human rights it is the wording of the treaties that establishes a “space for legislative prognosis”. These texts use clear expressions to establish that implementing the rules prescribed by them is mandatory (positive

⁸ For a definition of institution in the sense used here, see Mumford (2019) and Oats (2012).

⁹ “L'argent et son inégale répartition constituent l'objet social total par excellence, et ne peuvent être étudiés d'une façon exclusivement économique” (PIKETTY, 2015, p. 127).

¹⁰ For an example of the traditional view that associates taxation with a burden, see Bentham (1843), Hayek (1948), Jaucourt (2015), Malthus (1836), Musgrave and Musgrave (1989), Nozick (2012), Rothbard (2009), Say (2003) and Smith (1977).

limits) and to prohibit the creation of norms that contradict them (negative limits). Under this framework, the tax legislator has both positive and negative obligations, whose implementation may generate repercussions in the sphere of international human rights law. The freedom to legislate on the domestic level is equivalent, from the international perspective, to the “margin of appreciation”.¹¹ In any case, the tax legislator, under the non-discrimination principle and other rights established in the ICESCR, has a duty to perform. This duty is, above all, the duty to legislate to give maximum protection to human rights and the duty to review its legislation to adjust it to ICESCR. At the same time, before these obligations, the State’s inaction characterizes omission.¹²

Despite what we have stated above, there is a presumption that tax laws are neutral.¹³ Nothing could be more distant from reality, after all, “money, and its distribution, can never be anything other than political questions” (KETTER, 2012, p. 167). Tax laws, as laws governing any other matter, can have discriminatory effects, even though they appear to be neutral. Indeed, discrimination in tax laws is particularly serious. Since taxation is the instrument for the realisation of human rights, especially economic and social rights, the discriminatory effects of tax policy have a negative impact on the enjoyment of these rights. If we take seriously the statement that tax policies are human rights policies, a discriminatory tax system becomes very problematic. Here, discrimination in tax legislation matches systemic inequality to reinforce pre-existing patterns of vulnerability. This turns the tax system into a device for creating precarity, via the unequal distribution of precariousness. Such is the case with the Brazilian tax system, as we will show later.

4 The regressivity of Brazilian tax system

Economics classify tax systems as progressive or regressive based on vertical equity (TRESCH, 2015, p. 182): “progressive taxation meaning that taxpayers should be treated appropriately differently according to their ability to pay might, therefore, be a type of vertical equity” (FREDMAN, 2019, p. 83). Tax systems that put more burden on labour than capital are regressive. Indirect taxes predominate in these systems, which means

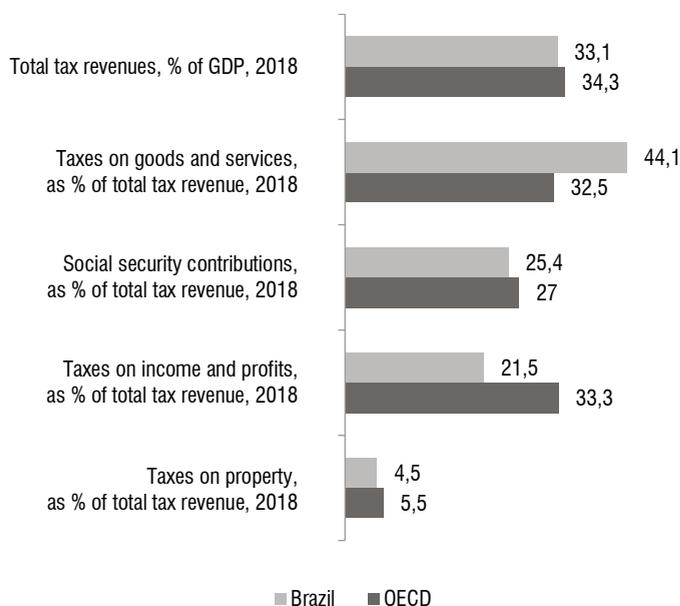
¹¹ For a discussion in the context of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, see Griffey (2011).

¹² See, particularly, Maastricht Guideline No. 15 (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1997).

¹³ For a critical view of the political nature of taxation, see Alston and Reisch (2019), Crawford (2014), Infanti and Crawford (2009), Knauer (2014) and Philipps (2009).

that they use consumption as their principal tax base. A progressive tax system, on the other hand, concentrates taxation on income and capital (SALVADOR, 2016, p. 8).

Figure 1

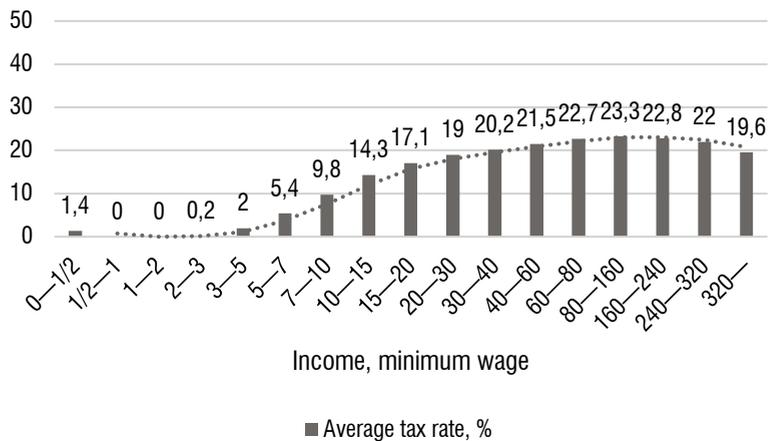


Source: elaborated by the author based on Organisation for Economic Co-operation and Development (2020).

In the case of Brazil, experts have been showing repeatedly the regressiveness of the tax system in recent years. Recently, the federal government itself concluded that approximately 72.13% of Brazil’s tax revenue results from consumption taxes (BRASIL, 2020). According to Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2020) data, the percentage of revenues derived from regressive taxes among its members is 59.5%, while in Brazil the percentage is 69.5%. The federal government also acknowledges the discrepancy between Brazil and OECD members. In the same study, the federal government asserts that “when comparing taxation by tax base we observe that in relation to ‘income’ base Brazil taxes less than the average of OECD countries, while in relation to ‘goods and services’ base it taxes, on average, more” (BRASIL, 2020, p. 6, our translation). In other words, despite having a tax rate similar to that of OECD members, Brazil concentrates its incidence on consumption. The lack of progressivity of the Personal Income Tax (MORGAN, 2018) makes even more critical the predominance of indirect taxes. The federal government also recognises the low progressivity of

this tax. A recent study by Receita Federal do Brasil – the agency which oversees the collection of federal taxes – shows that in 2018 the average PIT rate for those who declared incomes higher than 320 minimum wages was 19.6%. This rate is close to that of those who declared incomes between 20 and 30 minimum wages (19%) and lower than the rate of those who declared incomes between 30 and 40 minimum wages (20.2%) (BRASIL, 2019).

Figure 2



Source: elaborated by the author based on Brasil (2019).

Meanwhile, the distribution of profits and dividends – which, according to the same study, totalled R\$280.56 billion – was not subject to any taxation. The exemption of distributed dividends results from the incorporation, in the 90s, of economic theories that sought to relieve the capital and attract investments. As Gobetti (2019, p. 763, our translation) argues,

three decades have passed since these commandments were established, and both the concentration of income has increased significantly in most parts of the world, and academic reflection has advanced, producing a reassessment of tax theories and practices.

According to a database published by Oxfam Brazil in 2019 (O REAL..., [2019]), people with an average monthly income between 265 and 570 Brazilian Reais have, on average, 28% of their income compromised with the payment of taxes. On the other hand, people with an average monthly income of 175.000 Brazilian Reais have, on average, 7% of their income compromised with the payment of taxes. Again, domestic

governmental institutions acknowledged the phenomenon. Another study by the Federal Senate in 2017 found that

the higher the income, the lower the burden of indirect taxes. Although direct taxes in Brazil are progressive, they are not as progressive as in other countries. This, together with the heavy taxation of consumption of goods and services, reinforces the regressiveness imposed on the population by the system (BRASIL, 2017, p. 14, our translation).

Similarly, a report by the Economic and Social Development Council – a body linked to the Presidency of the Republic – concluded in 2011: “the tax system is regressive and the burden is poorly distributed” (BRASIL, 2011, p. 7, our translation).

5 The tax legislator as addressee of the principle of non-discrimination

From a domestic perspective, legislation is the implementation of constitutional law (SIECKMANN, 2013, p. 108). We should remember that these same laws (and the Constitution itself) are mere facts under international law. But from a human rights perspective, these very facts must be aligned to the State’s human rights obligations. Therefore, the legislation is “highly desirable and in some cases [...] indispensable” (para. 3) (UNITED NATIONS, 1990, p. [1]), as CESCR has already stated in the past. According to the jurisprudence, the legislator has obligations that derive either from the Constitution (and the principle of the separation of powers) or from a general requirement of rationality (WINTGENS, 2012, p. 304). Without delving into the peculiarities of the debate that fall beyond the scope of this article, we believe

that this discussion is important to understand the limitations imposed on the tax legislator considering the principle of non-discrimination. According to Morand (1988, p. 396), the legislator must: (a) establish adequately the facts that will give rise to the legislation; (b) assess the data and alternatives to legal regulation; (c) evaluate prospectively the creation of the legislation and (d) observe and correct the legislation whenever necessary. The last two obligations are equivalent to a duty to anticipate and optimise effects.

Wintgens (2012, p. 294-304) recovers Morand’s deontology and associates the duty to anticipate and the duty to optimise effects to the temporality of laws. Given that the legislator is not omniscient and cannot predict all the effects of the law, and given that the legislation is part of a dynamic reality, he must ask himself: is the justification that led to the adoption of the legislation still valid? Has the legislation achieved the expected effects? If not, the duty to correct the legislation arises (WINTGENS, 2012, p. 303). This “responsiveness to changing or emerging circumstances” (OLIVER-LALANA, 2016, p. 259) integrates a “responsible law-making” sensitive to the influence of time on the legal system.

The three axioms that Wintgens derives from this principle of temporality (duty to prospection, duty to retrospection and the duty to review) are in line with the duty to monitor and, above all, with the duty to investigate aims and effects of legislation. The latter is also a requirement of the principle of non-discrimination.

5.1 Tax regressivity as indirect discrimination

To identify the violation of the principle of non-discrimination by the tax system,

we must answer two questions: (a) does the tax system produce a disparate impact on certain groups of people based on prohibited grounds? (b) the position of those who are worse off is worsened after taxation? If the answer is positive, we are facing a challenge to the principle of non-discrimination. In this case, the State should “refashion its policy choices” (FREDMAN, 2019, p. 94) to redress the situation, since inaction results in liability. As literature and jurisprudence have long-established, the intention of a State in relation to the discriminatory measure is irrelevant to establish its responsibility (SEPÚLVEDA CARMONA, 2003, p. 398). This means that to assess the existence of discrimination it is unnecessary to investigate the existence of malice. Discrimination is measured objectively.¹⁴ According to the Draft Articles on State Responsibility proposed by International Law Commission (UNITED NATIONS, 2000, p. 287), to configure international responsibility is sufficient that there be an act or omission that “(a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State”. Thus, “States must carefully examine the effect that the implementation of any legislation, procedures or practice actually has on the enjoyment of

these rights” (SEPÚLVEDA CARMONA, 2003, p. 398).

Although there are no different tax rates in Brazilian tax legislation based on gender or race (formal discrimination), the discriminatory effects of the tax system are widely documented. Here the notion of “disparate impact” (SCHUTTER, 2010, p. 627) is fundamental. The predominance of indirect taxes causes poorer people to consume a greater proportion of income with the payment of taxes, in relation to the proportion of income consumed by the richest (SILVEIRA; FERREIRA; ACIOLY; CALIXTRE; STIVALI; SANTOS, 2011). Taxation as a whole is disproportional on the black population, more specifically on black women who are over-represented among the poor. In 2014, a study by Oxfam in partnership with the Brazilian Institute of Socio-Economic Studies concluded that black women pay proportionally more taxes than white men (SALVADOR, 2014, p. 26). This answers the first question affirmatively: the Brazilian tax system produces a disproportionate impact on the poorest. In short, the regressiveness of the tax system means that taxation is more heavily focused on those with less economic capacity. In theory, we could justify this disparate impact if the answer to the second question were negative. However, this is not the case.

The Brazilian tax system also actively contributes to the deepening of inequality. It achieves this through the predominance of taxes on consumption combined with the low progressivity of PIT. The latter does not contribute to change income inequality between men and women or between black and white people (SALVADOR, 2016, p. 42). On the contrary, taxation in Brazil favours income concentration (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 28; MORGAN, 2018). This reversed redistribution is even more aggressive when one concludes that

¹⁴ As an example, see that this is also the conclusion of the Inter-American Court of Human Rights. In *Paniagua Morales et al. v. Guatemala*, the Court established that “[u]nlike domestic criminal law, it is not necessary to determine the perpetrators’ culpability or intentionality in order to establish that the rights enshrined in the Convention have been violated, nor is it essential to identify individually the agents to whom the acts of violation are attributed. The sole requirement is to demonstrate that the State authorities supported or tolerated infringement of the rights recognized in the Convention. Moreover, the State’s international responsibility is also at issue when it does not take the necessary steps under its domestic law to identify and, where appropriate, punish the authors of such violations” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1998, p. 50). See also *Inter-American Court of Human Rights* (1997).

the country has “one of the highest” – if not the highest – top income concentrations worldwide (GOBETTI; ORAIR, 2017, p. 268). This leads taxation in Brazil to function as a maintainer of a poverty quota (MAGALHÃES; SILVEIRA; TOMICH; VIANNA, 2001, p. 22), blocking the transformative dimension of equality (see above 2.3).

The symbiosis between discriminatory revenue generation and inefficiency in public spending suggests that the Brazilian tax system contributes to increasing structural inequality (MEDEIROS; SOUZA, 2013, p. 28). The adoption of severe fiscal consolidation policies in recent years has aggravated the situation. Since 2016 Constitutional Amendment (CA) No. 95 (BRASIL, 2016) is in force, limiting spending on public services and investments by the inflationary variation over 20 years.¹⁵ The Amendment, which civil society organisations have strongly condemned,¹⁶ has reduced investments in health and education.

As Rossi and Dweck (2016) state, the practical effect of the measure, considering the expected population growth, is the reduction of public spending per capita in relation to GDP in health and education. The aim is to reduce the State by eliminating the universal nature of these rights, which potentially¹⁷ challenges the ICESCR.

The prevalence of an orientation towards austerity and biased taxation binds this form of indirect to substantive economic and social rights (FEITAL, 2020). As we have argued above, we should understand the rights under the ICESCR as devices for reducing vulnerability (precarity, in its political form). However, in the Brazilian case, this does not happen. Currently, the observation made by Olivier de Schutter in 2009 – at that time Special Rapporteur on the right to food – unfortunately no longer corresponds to reality. Schutter stated that social programs in Brazil “are essentially funded by the very persons whom they seek to benefit, as the regressive system of taxation seriously limits the redistributive impact of the programmes” (para. 36) (UNITED NATIONS, 2009b, p. 14).¹⁸ What we see today is even more serious: fiscal policy works in reverse, since the country “is one of the countries that transfer most to the richest, and the least to the poorest” (FRAGA NETO, 2019, p. 618, our translation). Hence, taxation aggravates the position of the poor, which also suggests a failure to comply with the principle of non-discrimination.

¹⁵ See Alston (2017).

¹⁶ On March 18th 2020, human rights organizations submitted a request to suspend the effects of CA No. 95 to the Brazilian constitutional court (Supremo Tribunal Federal).

¹⁷ “any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources” (para. 9) (UNITED NATIONS, 1990, p. [3]).

¹⁸ See Derzi (2014).

6 Conclusions

We have argued in this paper that tax regressivity is a form of indirect discrimination. The semantics of the principle of non-discrimination – which we have established through the analysis of existing legal provisions, academic literature and the authoritative interpretation of the CESCR – includes the prohibition of disadvantageous treatment resulting from the effects of laws, policies or practices neutral at face-value. The CESCR affirms, accompanied by the most relevant literature, that States should consider the existence of systemic, pervasive and multiple discriminations on certain social groups. In this way, the State must review and repeal the legislation that generates a discriminatory impact. This obligation to monitor the effects of legislation to redress it also applies to tax legislation.

Tax legislation is directly related to human rights, as the scholarly literature has pointed out in recent years. First, because taxation is instrumental in obtaining revenues for the State to fulfil its international obligations. Second, because human rights treaties establish the limits of the discretion of States in the formulation of tax (or fiscal) policies. This relationship is more pronounced in economic and social rights. As we have shown, these rights are material conditions that make life possible. Using Judith Butler's concepts of precarity and precariousness, it is possible to link economic and social rights to redistribution and recognition (intertwined dimensions). Since taxation is a financial determinant of human rights policies, we can say it that “tax policy is human rights policy”, as the literature currently does.

The study of the Brazilian case – through the analysis of the structure of its tax system and the effects caused by this structure – illustrates the relationship between tax regressivity and indirect discrimination. The data, including official reports, show a strong concentration of income in Brazil. Besides, black people (especially black women) are over-represented in the population with lower economic capacity. This group suffers disproportionately from the impact of indirect taxes. The Brazilian case is interesting because the State itself has admitted the existence of these discriminatory effects on more than one occasion. Since the measurement of discrimination in international law is objective, it is unnecessary to determine the State's intentionality. For the discrimination test, it is enough to identify if the tax system produces a disparate impact on certain groups of people based on prohibited grounds and establish if it worsens the position of those who are worse off after taxation. Applying the test to the Brazilian case, we conclude that the country's tax legislation challenges the principle of non-discrimination.

Sobre o autor

Thiago Álvares Feital é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Tributário nas Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: thiago.feitalv@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FEITAL, Thiago Álvares. Tax regressivity as indirect discrimination: an analysis of the Brazilian tax system in light of the principle of non-discrimination. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 219-243, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p219

(APA)

Feital, T. A. (2021). Tax regressivity as indirect discrimination: an analysis of the Brazilian tax system in light of the principle of non-discrimination. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 219-243. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p219

References

ALSTON, Philip; REISCH, Nikki (ed.). *Tax, inequality, and human rights*. New York: Oxford University Press, 2019.

ALSTON, Philip. *Some reflections on Brazil's approach to promoting austerity through a constitutional amendment*. Remarks prepared for presentation at a colloquium on constitutional austerity, Sao Paulo, 3 October 2017. [S. l.: OHCHR], 2017. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Austeritystatement_Alston3Oct2017.pdf. Access on: Mar. 29, 2021.

BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James; ELSON, Diane. *Rethinking economic policy for social justice: the radical potential of human rights*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2016. (Economics as Social Theory, 45).

BENTHAM, Jeremy. A manual of political economy. In: BOWRING, John (ed.). *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait; London: Simpkin, Marshall, & Co., 1843. v. 3, p. 31-84.

BRASIL. Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. *Indicadores de iniquidade do sistema tributário nacional: Relatório de Observação nº 2*. 2. ed. Brasília, DF: CDES, 2011. Available at: <http://www.cdes.gov.br/Plone/biblioteca/busca/5-observatorio-da-equidade/relatorio-de-observacao-2-indicadores-de-equidade/view>. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc95.htm. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. Ministério da Economia. *Carga tributária no Brasil 2018: análise por tributos e bases de incidência*. Brasília, DF: Receita Federal, 2020. Available at: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. Ministério da Economia. *Grandes números IRPF: ano-calendário 2017, exercício 2018*. Brasília, DF: Receita Federal, 2019. Available at: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/relatorio-gn-ac-2017.pdf>. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Relatório do grupo de trabalho destinado a avaliar a funcionalidade do sistema tributário nacional*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7229607&disposition=inline>. Access on: Mar. 29, 2021.

BROWN, Wendy. *Undoing the demos: neoliberalism's stealth revolution*. New York: Zone Books, 2015.

BUTLER, Judith. *Frames of war: when is life grievable?* London: Verso, 2009. Available at: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4098884/mod_resource/content/1/Butler%20%282009%29%20Precarious%20life%20-%20grievable%20life.pdf. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. *Notes toward a performative theory of assembly*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

_____. *The force of nonviolence: an ethico-political bind*. London: Verso, 2020.

_____. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

CRAWFORD, Partrick. Occupy Wall Street, distributive justice, and tax scholarship: an ideology critique of the consumption tax debate. *The University of New Hampshire Law Review*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 137-174, Jan. 2014. Available at: https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol12/iss2/3/. Access on: Mar. 29, 2021.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, v. 1989, n. 1, p. 139-167, 1989. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8/>. Access on: Mar. 30, 2021.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa Família e silêncio (relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 16, n. 108, p. 39-64, fev./maio 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2014v16e108-42>. Available at: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/42>. Access on: Mar. 30, 2021.

DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía).

FEITAL, Thiago A. Covid-19, emergency basic income and the right to life in Brazil. *Oxford Human Rights Hub*, Oxford, UK, Apr. 9, 2020. Available at: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/covid-19-emergency-basic-income-and-the-right-to-life-in-brazil/>. Access on: Mar. 30, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción de perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

_____. *Manifesto per l'uguaglianza*. Bari: Laterza, 2018. (Anticorpi, 58).

FRAGA NETO, Arminio. Estado, desigualdade e crescimento no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 38, n. 3, p. 613-634, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201900030006>. Available at: http://novos estudos.com.br/wp-content/uploads/2020/01/06_fraga_115_612a635.pdf. Access on: Mar. 30, 2021.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Tradução de Teresa Tavares. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, [s. l.], n. 63,

p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Available at: <https://journals.openedition.org/rccs/1250#quotation>. Access on: Mar. 30, 2021.

_____. *Qu'est-ce que la justice sociale?: reconnaissance et redistribution*. Édition traduite de l'anglais (États-Unis), établie et introduite par Estelle Ferrarese. Paris: La Découverte, 2011. (La Découverte-Poche. Sciences Humaines et Sociales).

FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011. (Clarendon Law Series).

_____. Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 712-738, July 2016. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article/14/3/712/2404476>. Access on: Mar. 30, 2021.

_____. Taxation as a human rights issue: gender and substantive equality. In: ALSTON, Philip; REISCH, Nikki (ed.). *Tax, inequality, and human rights*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 81-98.

GALLO, Franco. *Le ragioni del fisco: etica e giustizia nella tassazione*. Bologna: Il Mulino, 2007. (Saggi, 678).

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. Progressividade tributária: a agenda negligenciada. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 2.190, p. 3-52, abr. 2016. Available at: https://www.ipea.gov.br/porta1/images/stories/PDFs/TDs/td_2190.pdf. Access on: Mar. 30, 2021.

_____. Taxation and distribution of income in Brazil: new evidence from personal income tax data. *Brazilian Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 267-286, Apr./ June 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-31572017v37n02a01>. Available at: <https://centrodeeconomiapolitica.org.br/rep/index.php/journal/article/view/132>. Access on: Mar. 30, 2021.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Tributação do capital: teoria e prática (e o caso brasileiro). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 3, p. 761-789, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-3533.2019v28n3art07>. Available at: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8658156>. Access on: Mar. 30, 2021.

GRIFFEY, Brian. The “reasonableness” test: assessing violations of state obligations under the optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 275-327, June 2011. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr012>.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005.

HAYEK, Friedrich A. von. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica a la razón utópica*. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1984. (Colección Economía-Teología).

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

INFANTI, Anthony C.; CRAWFORD, Bridget J. (ed.). *Critical tax theory: an introduction*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*. Presiding Judge: Héctor Fix-Zamudio, September 11, 1997. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_32_ing.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

_____. *Case of the “White Van” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala*. Presiding Judge: Hernán Salgado-Pesantes, March 8, 1998. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_ing.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Maastricht guidelines on violations of economic, social and cultural rights*. [S. l.]: ICJ, 1997. Available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>. Access on: Mar. 31, 2021.

JAUCOURT, Louis de. Imposto (direito político e finanças). In: DIDEROT, Denis; D'ALEMBERT, Jean le Rond. *Enciclopédia, ou dicionário razoado das ciências, das artes e dos ofícios*. Organização de Pedro Paulo Pimenta e Maria das Graças de Souza. Tradução de Maria das Graças de Souza, Pedro Paulo Pimenta e Thomaz Kawauche. São Paulo: Ed. Unesp, 2015. v. 4, p. 203-210.

JOSEPH, Sarah. Extending the right to life under the International Covenant on Civil and Political Rights: General Comment 36. *Human Rights Law Review*, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 347-368, June 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngz003>.

KELLER, Helen; GROVER, Leena. General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy. In: KELLER, Helen; ULFSTEIN, Geir (ed.). *UN human rights treaty bodies: law and legitimacy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012. p. 116-198. (Studies on Human Rights Conventions).

KETER, Vincent. Economy or law? In: STONE, Matthew; WALL, Illan Rua; DOUZINAS, Costas (ed.). *New critical legal thinking: law and the political*. Milton Park, Abingdon, Oxon: Routledge, 2012. p. 167-177.

KNAUER, Nancy J. Critical tax policy: a pathway to reform? *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 206-263, 2014. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol9/iss2/2/>. Access on: Mar. 31, 2021.

MAGALHÃES, Luís Carlos Garcia de; SILVEIRA, Fernando Gaiger; TOMICH, Frederico Andrade; VIANNA, Salvador Werneck. Tributação, distribuição de renda e pobreza: uma análise dos impactos da carga tributária sobre alimentação nas grandes regiões urbanas brasileiras. *Texto para Discussão*, Brasília, DF, n. 804, p. 3-26, jun. 2001. Available at: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0804.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

MALTHUS, Thomas Robert. *Principles of political economy considered with a view to their practical application*. 2nd ed. with considerable additions from the author's own manuscript and an original memoir. London: W. Pickering, 1836.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro. Gasto público, tributos e desigualdade de renda no Brasil. *Texto para Discussão*, Brasília, DF, n. 1.844, p. 3-35, jun. 2013. Available at: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1844b.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. *Droit et Société*, [s. l.], n. 10, p. 391-407, 1988. Available at: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1988_num_10_1_1011. Access on: Mar. 31, 2021.

MORGAN, Marc. Income inequality, growth and elite taxation in Brazil: new evidence combining survey and fiscal data, 2001-2015. *International Policy Centre for Inclusive Growth: Working Paper*, Brasília, DF, n. 165, p. 3-34, Feb. 2018. Available at: https://ipcig.org/sites/default/files/pub/en/WP165_Income_inequality_growth_and_elite_taxation_in_Brasil.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

MUMFORD, Ann. The fiscal state and budget institutions. In: _____. *Fiscal sociology at the centenary: UK perspectives on budgeting, taxation and austerity*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. p. 47-68. (Palgrave Socio-Legal Studies).

MURPHY, Liam B.; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5th ed. New York: McGraw-Hill Book Co., 1989.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Malden, MA: Blackwell, 2012.

OATS, Lynne. Tax as a social and institutional practice. In: _____. (ed.). *Taxation: a fieldwork research handbook*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2012. p. 3-8.

OLIVER-LALANA, A. Daniel. Due post-legislative process? On the Lawmakers' constitutional duties of monitoring and revision. In: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *Rational lawmaking under review: legisprudence according to the German Federal Constitutional Court*. Cham: Springer, 2016. p. 257-294. (Legisprudence Library, Studies on the Theory and Practice of Legislation, 3).

O REAL valor do seu imposto. [S. l.]: OXFAM Brasil, [2019]. 1 vídeo (ca. 2 min). Available at: <https://ovalordoseuimposto.org.br/>. Access on: Apr. 1, 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Revenue statistics 2020: consumption tax revenues under Covid-19: lessons from the 2008 Global Financial Crisis*. Paris: OECD, 2020. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/8625f8e5-en.pdf?expires=1617300112&id=id&accname=ocid49029193&checksum=70FD8C12358A5A2E0A61DAC270A1CEB0>. Access on: Apr. 1, 2021.

PERELMAN, Chaim. *The idea of justice and the problem of argument*. With an introd. by H. L. A. Hart. Translated from the French by John Petrie. New York: Humanities Press, 1963. (International Library of Philosophy and Scientific Method).

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (the merits). Applicant: The Government of Germany. Respondent: The Government of the Polish Republic. President: MM. Max Huber. *Collection of Judgments*, [s. l.], n. 7, p. 3-83, May 25, 1926. Available at: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf. Access on: Apr. 1, 2021.

PHILIPPS, Lisa C. Discursive deficits: a feminist perspective on the power of technical knowledge in fiscal law and policy. In: INFANTI, Anthony C.; CRAWFORD, Bridget J. (ed.). *Critical tax theory: an introduction*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. p. 46-52.

PIKETTY, Thomas. Vers une économie politique et historique: réflexions sur le capital au XXI^e siècle. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, [s. l.], v. 70, n. 1, p. 125-138, mars 2015. DOI: <https://doi.org/10.1353/ahs.2015.0144>.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2nd Beacon Paperback ed. Boston, MA: Beacon Press, 2001.

REISCH, Nikki. Taxation and human rights: mapping the landscape. In: ALSTON, Philip; REISCH, Nikki (ed.). *Tax, inequality, and human rights*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 33-58.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, p. 1-5, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00194316>. Available at: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=pt&tlng=pt. Access on: Apr. 1, 2021.

ROTHBARD, Murray N. *Man, economy, and state with Power and market: government and the economy*. 2nd ed. Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 2009.

SAIZ, Ignacio. Resourcing rights: combating tax injustice from a human rights perspective. In: NOLAN, Aoife; O'CONNELL, Rory; HARVEY, Colin (ed.). *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2013. p. 77-104.

SALVADOR, Evilasio. *As implicações do sistema tributário brasileiro nas desigualdades de renda*. Brasília, DF: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2014. Available at: <https://www.inesc.org.br/as-implicacoes-do-sistema-tributarios-brasileiro-nas-desigualdades-de-renda/>. Access on: Apr. 1, 2021.

_____. *Perfil da desigualdade e da injustiça tributária com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013*. Brasília, DF: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2016. Available at: <https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/587e0c439bbf33.59808206.pdf>. Access on: Apr. 5, 2021.

SAY, Jean-Baptiste. *Traité d'économie politique, ou, simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*. Paris: Economica, 2003. 2 v. (Economie. Oeuvres Complètes).

SCHUMPETER, Joseph A. The crisis of the tax state. In: _____. *The economics and sociology of capitalism*. Edited by Richard Swedberg. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1991. p. 99-140.

SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

SEPÚLVEDA CARMONA, M. Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003. (School of Human Rights Research Series, 18).

SIECKMANN, Jan. Legislation as implementation of constitutional law: a foundation for the demand of legislative rationality. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. New York: Springer, 2013. p. 107-123. (Legisprudence Library, Studies on the Theory and Practice of Legislation, 1).

SILVEIRA, Fernando Gaiger; FERREIRA, Jhonatan do Rosário; ACIOLY, Luciana; CALIXTRE, André Bojikian; STIVALI, Matheus; SANTOS, Maria Paula Gomes dos. *Equidade fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social*. [Brasília, DF]: Ipea, 2011. (Sistema Tributário: Relatórios de Atividades/Técnicos. Comunicados do Ipea, n. 92). Available at: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5207/1/Comunicados_n92_Equidade.pdf. Access on: Mar. 31, 2021.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Edited by Edwin Cannan. Chicago: Chicago University Press, 1977.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão a Bolsonaro*. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

TRESCH, Richard W. *Public finance: a normative theory*. 3rd ed. London: Elsevier, 2015.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. San Francisco: United Nations, 1945. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. Commission on Human Rights. *Note verbale dated 5 December 1986 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights ("Limburg Principles")*. [S. l.]: United Nations, 1987. Available at: <https://www.refworld.org/docid/48abd5790.html>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment No. 3: the nature of states parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant)*. [Geneva]: OHCHR, 1990. Available at: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment No. 20: non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Geneva: United Nations, 2009a. Available at: <https://undocs.org/E/C.12/GC/20>. Access on: Mar. 29, 2021.

_____. *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*. New York: OHCHR, 1979. Available at: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. Human Rights Committee. *General Comment No. 36: article 6: right to life*. [Geneva]: United Nations, 2019. Available at: <https://undocs.org/CCPR/C/GC/36>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. Human Rights Council. *Report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona: A/HRC/26/28*. [Geneva]: United Nations, 2014. Available at: <https://undocs.org/A/HRC/26/28>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. Human Rights Council. *Report of the special rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter: addendum: mission to Brazil: A/HRC/13/33/Add.6*. [Geneva]: United Nations, 2009b. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/677702?ln=ar>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. [S. l.]: OHCHR, 1965. Available at: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. *International Covenant on Civil and Political Rights*. [S. l.]: OHCHR, 1966a. Available at: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. [S. l.]: OHCHR, 1966b. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. International Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission*: 1998. New York: United Nations, 2000. v. 1. Available at: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1998_v1.pdf. Access on: Apr. 5, 2021.

_____. *Realizing human rights through government budgets*. New York: OHCHR, 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingHRTThroughGovernmentBudgets.pdf>. Access on: Apr. 1, 2021.

_____. *Universal Declaration of Human Rights*. Paris: United Nations, 1948. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Access on: Apr. 5, 2021.

VANDENHOLE, Wouter. *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies*. Antwerpen: Intersentia, 2005.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: practical reason in legislation*. Farnham: Ashgate, 2012. (Applied Legal Philosophy).

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00230