

UNIALFA
Centro Universitário Alves Faria

ISSN 2596-2698



REDEC

REVISTA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL
& ECONÔMICO

Volume 1 – Número 1
2019

UNIALFA - Centro Universitário Alves Faria

ISSN 2596-2698

REDEC

Revista de Direito Constitucional & Econômico

Volume 1 – Número 1

2019

Goiânia - Goiás

www.unialfa.com.br/redec

REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL & ECONÔMICO:

Coordenadores:

Prof. Dr. André Ramos Tavares

Prof. Dr. Thiago Matsushita

Editor Responsável:

Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra

Editora Revisora:

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira (convidada vol. 1)

Comitê Executivo

Prof. Dr. André Ramos Tavares

Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira (convidada vol. 1)

Profa. Msc. Maria Isabel de Melo Oliveira dos Santos

Prof. Dr. Thiago Matsushita

CONSELHO EDITORIAL

(Editorial Board)

Aldo Mascareño (Universidad Adolfo Ibáñez - Chile)

André Ramos Tavares (UNIALFA e USP)

Bernardo Strobel Guimarães (PUC/PR)

Celso Fernandes Campilongo (USP)

Christopher Thornhill (Univ. de Manchester - Inglaterra)

Daniel Campos de Carvalho (UNIFESP)

Daniel Ferreira (UNINTER)

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (UFPR)

Fernanda Busanello Ferreira (UFG)

Fernando Borges Correia de Araújo (Univ. de Lisboa - Portugal)

Fernando Pedro Meirero (UNIPAMPA)

Fernando Rister de Souza Lima (MACKENZIE)

Felipe Magalhães Bambirra (UNIALFA)

Gonçal Mayos Solsona (Univ. de Barcelona - Espanha)

Guilherme de Azevedo (UNISINOS)

João Paulo Allain Teixeira (UFPE)

José Roberto Franco Xavier (UFRJ)

Luana Renostro Heinen (UFSC)

Luciano Benetti Timm (UNISINOS)

Luís Fernando Sgarbosa (UFMS)

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes (UFPR)

Michele Carducci (Universidade de Salento - Itália)

Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos - Espanha)

Paulo Ricardo Opuszka (UFPR)

Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM)

Raquel Fabiana Lopes Sparemberg (FURG)

Thiago Lopes Matsushita (UNIALFA e PUC/SP)

Tiago Gagliano Pinto Alberto (PUC/PR)

Vinícius Klein (UFPR)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Dados para Contato:

CONTACT INFORMATION

redec@unialfa.com.br

Ficha Catalográfica

Revista de Direito Constitucional & Econômico/UNIALFA - Centro Universitário Alves Faria – Vol. 1, n. 1 (2019) – Goiânia : UNIALFA, 2019.

282 p.: il.:

Inclui normas de publicação

ISSN: 2596-2698

1. Direito. 2. Economia. I. UNIALFA.

CDD xxx

Citação:

Revista de Direito Constitucional & Econômico. Goiânia, v. 1, n. 1, 2019. xxxp

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Prezados Professores, Pesquisadores, Doutores e Pós-Graduandos,

“O Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria - UNIALFA - torna pública a Primeira Edição da Revista de Direito Constitucional & Econômico”.

André Ramos Tavares e Thiago Matsushita
Coordenadores da Redec

Felipe Magalhães Bambirra
Editor da Redec

Prefácio

Saudações às leitoras e aos leitores!

**Apresentamos a
REDEC - Revista de Direito Constitucional & Econômico**

Primeira Edição!

A Revista de Direito Constitucional & Econômico (REDEC), Volume 1, Ano 1, que temos a honra de apresentar à comunidade acadêmica, é um sonho antigo do Centro Universitário Alves Faria/UNIALFA, cujo Curso de Direito é um dos seus mais bem sucedidos projetos. Ela nasce com o objetivo de fomentar a pesquisa científica, sobretudo em sede de pós-graduação, que tenha como objeto de estudos o desenvolvimento do Direito Constitucional em suas relações com a ordem econômica. Objetiva, em linhas gerais, incentivar reflexões empíricas e teóricas a respeito do cenário constitucional e econômico.

Entende-se que a relevância deste tema cresce exponencialmente considerando o cenário de rápidas e profundas transformações pelo qual o país tem passado, referindo-se de modo especial aos influxos desenvolvimentistas no Centro-Oeste, que carecem de investigações mais profundas a respeito dos seus impactos, limites e perspectivas. Trata-se de pensar sobre correlações, interações dinâmicas e coimplicações entre

o direito e a economia, e, igualmente, o desenvolvimento regional e social, o trabalho, meio ambiente, a proteção do mercado de consumo, a propriedade e sua função social, tendo-se como balizas jus-axiológicas a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

O foco da Revista, que ora apresentamos, encontra-se, portanto, nesses espaços investigativos, visando a sua suplementação com condição para gerar incremento do conhecimento, mas não só isso, indo além, para utilizá-lo como base de estratégias que tenham repercussão social.

A ênfase na pós-graduação se justifica pela escassa produção científica qualificada na área da Revista, no Centro-Oeste brasileiro e, de modo especial, em Goiânia, e também em todo o território nacional. Aliado a isso, observa-se que a região Centro-Oeste e o país se encontram em vias de desenvolvimento, fortalecendo-se como polo econômico, processo acompanhado por tensões no âmbito da garantia e proteção de direitos constitucionalmente assegurados, sem que haja, contudo, um olhar crítico e estudos aprofundados, do ponto de vista jurídico, para compreender os impactos desse crescimento.

Nesse cenário, insere-se a REDEC, que se apresenta como uma ferramenta crucial para atender a demanda por estudos da realidade brasileira em suas interfaces com aspectos econômicos e de conformação Constitucional, especialmente no Centro-Oeste do país.

Nessa primeira edição contamos com textos de célebres juristas, como é o caso do Prof. Dr. André Ramos Tavares, docente da USP, FADISP e PUC/SP, cujo artigo abre o primeiro volume. A edição apresenta também a contribuição dos juristas Prof. Dr. Fernando de Magalhães Furlan, Doutor pela Universidade de Paris 1 - *Panthéon-Sorbonne*; Prof. Dr. Rafael Rocha de Macedo, Doutor em Direito pela USP, em coautoria com Henrique Esteve Alves Ferreira, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP; Prof. Dr. Leonardo Buissa Freitas, Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP, e Dr. Lucas Bevilaqua, Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário também pela USP, em coautoria com o Esp. Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas; Profa. Dra. Andréia Tassiane Antonacci, Doutora em Direito pela FADISP, em coautoria com Cristiano Rosalino Braule Pinto, Mestre em Letras pela USP; Prof. Dr. Edson José de Souza Júnior, Pós-Doutor pela *Università degli Studio de Messina*, em coautoria com a Esp. Giulliany Letícia da

Silva; Prof. Dr. Valter Moura do Carmo, Doutor em Direito pela UFSC, em coautoria com Mário de Quesado Miranda Bezerra e Mariana Araújo Lobato, ambos mestrando pela UNIFOR; Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Doutor em Direito pela UFMG e Pós-Doutor pela Universidade de Barcelona, em coautoria com a Esp. Marina Ayres Ferreira Lima Bueno, mestranda na UFG; Prof. Dr. André Peixoto de Souza, Doutor em Direito do Estado pela UFPR, em coautoria com Marilis de Castro Muller, mestranda pela UNINTER; e, finalizando a gama de artigos, a REDEC conta com um texto da jurista sérvia Vanja Grujic, Doutora em Direito pela UNB, publicado em sessão especial denominada “Filosofia e Constitucionalismo”.

Fechando essa primeira edição a REDEC apresenta, por fim, uma sessão especial composta pela série fotográfica “A lama da Samarco S/A”, cujas fotos e texto foram produzidos pelo Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, Doutor em Direito pela Unisinos e Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Inovamos na REDEC ao propor que formas diferentes de produzir conhecimento cheguem ao público interessado, por acreditarmos que o ensino tem se transmutado para além dos textos escritos, o que não encontra, contudo, igual espaço no âmbito acadêmico. Desta forma, charges, poesias, contos e outras formas de produção do conhecimento serão divulgadas na REDEC por meio das sessões especiais ao final de seus volumes.

Como podem perceber dessa breve apresentação, caras e caros leitores, essa edição foi cuidadosamente produzida com o fim de trazer a lume pesquisas e produções de alto nível e que giram em torno de temas constitucionais ou econômicos, bem como das possíveis correlações entre Direito Constitucional & Econômico.

Esperamos que, para além de apreciar a leitura, os senhores e senhoras sintam-se entusiasmados a também encaminhar suas pesquisas e produções, abrilhantando, dessa maneira, nossas futuras edições. O edital para a segunda revista está incluído nessa edição. Até a próxima!

Saudações cordiais,

Felipe Magalhães Bambirra

Editor Responsável pela REDEC

Revista de Direito Constitucional & Econômico

Sumário

| | |
|--|------------|
| Prefácio | 5 |
| APP's e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil.. | 13 |
| <i>André Ramos Tavares</i> | |
| Direitos fundamentais e interesses difusos: inviolabilidade de comunicações telefônicas e princípio da livre concorrência | 45 |
| <i>Fernando de Magalhães Furlan</i> | |
| O ingresso da UBER no Brasil sob a ótica concorrencial | 74 |
| <i>Henrique Esteves Alves Ferreira</i> | |
| <i>Rafael Rocha de Macedo</i> | |
| Neutralidade concorrencial e a indução econômica na tributação sobre o consumo | 95 |
| <i>Leonardo Buissa Freitas</i> | |
| <i>Lucas Bevilacqua</i> | |
| <i>Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas</i> | |
| A imunidade tributária de templos de qualquer culto..... | 120 |
| <i>Andréia Tassiane Antonacci</i> | |
| <i>Cristiano Rosalino Braule Pinto</i> | |

O planejamento como dever do Estado brasileiro e as implicações com o desenvolvimento econômico 136

Edson José de Souza Júnior

Giulliany Letícia da Silva

Rotulagem de alimentos transgênicos e o direito à informação: aspectos de boa-fé objetiva e transparência..... 169

Mário de Quesado Miranda Bezerra

Mariana Araújo Lobato

Valter Moura do Carmo

Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas 189

Marina Ayres Ferreira Lima Bueno

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Um novo paradigma para o *homo economicus*..... 222

André Peixoto de Souza

Marilis de Castro Muller

Agamben – (im)potentiality of law and politics..... 248

Vanja Grujic

Sessão Especial - série fotográfica 271

Edital de chamada de artigos para o volume 1, 2ª edição, da Revista Direito Constitucional & Econômico - REDEC 277

Artigos

APP's e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Resumo: O fenômeno da intermediação de serviços e compras por plataformas tecnológicas ainda permanece obscuro na realidade jurídica. O tema é visto sob olhares de desconfiança e misoneísmo que geraram reações extremadas, movidas pelo receio de condenar certas formas de atuação econômica à obsolescência. Esse temor impacta em decisões normativas irrefletidas e descompromissadas com a Constituição Econômica Brasileira. O presente artigo visa a sublinhar os aspectos ainda ocultos na compreensão jurídica dessas inovações tecnológicas, contextualizando o tema sob a égide da atual Constituição do Brasil, que adota o desenvolvimento tecnológico e difusão das novas técnicas como premissas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico por meio da ruptura das estruturas econômicas arcaicas e superação do “uso subdesenvolvido” da tecnologia.

Palavras-chave: Constituição econômica. Desenvolvimento. Inovação tecnológica. Estruturas econômicas heterogêneas.

APP'S AND PLATFORMS ON-LINE IN THE INTERMEDIATION OF ECONOMIC ACTIVITIES IN BRAZIL

Abstract: The phenomenon of services and products sells intermediation by technological platforms remains unclear in current legal approach. This subject is seen with suspicion and misoneism that generate extreme reaction motivated by the fear of making certain forms of economic activity obsolete. This fear impacts in normative decisions make thoughtless and without commitments to Brazilian Economic Constitution. This paper intends to highlight the shadow aspects of legal comprehension of these technological innovations framing the subject in the context of the current Brazilian Constitution that promotes technological development and new techniques diffusion as necessary premises for social and economic development through disruption of archaic economic structures and overcoming of “underdevelopment use” of technology.

Keywords: Economic constitution. Development. Technological innovation. Heterogeneous economic structures.

As plataformas tecnológicas de intermediação econômica

Para tratar da intermediação tecnológica da economia tradicional e suas consequências, é preciso entender que as plataformas tecnológicas

são sistemas digitais que envolvem uma complexa prestação de serviços via aplicativo disponibilizado a usuários ou via navegadores de internet. Essas plataformas estabelecem a intermediação com atividades econômicas, como o fornecimento de bens ou prestação de serviços, como as plataformas tecnológicas de transporte urbano e de compras on-line, que realizam a intermediação qualificada entre consumidor e fornecedores.

Tratam-se plataformas acessíveis por meio de sites de compras como o *e-bay*, o Alibaba, ou Mercado Livre, aplicativos de transporte como o da Uber e da Loggi (motofrete), que surgiram como iniciativa privada. Existem até mesmo iniciativas públicas como o “*contrate.ba*” do Governo do Estado da Bahia, sistema on-line que realiza a intermediação de serviços como os de cabelereiros, faxineiros, assistência técnica de eletrodomésticos, eletricitas, aulas particulares entre outros. Destaca-se, ainda, como tecnologia provida por iniciativa do Poder Público o aplicativo “SP Taxi” que realiza a intermediação entre passageiros e motoristas de taxi na cidade de São Paulo.

No presente estudo o foco no Estado não se dará pelo estudo dessas plataformas de iniciativa pública, mas sim pelo papel que o Estado deve assumir nesse cenário geral, sem que esse corte metodológico implique negar a importância de iniciativas do setor público na questão.

Essa inovação tecnológica e econômica pode ter um efeito revolucionário na sociedade. Somente no setor de aplicativos, de acordo com Mandel e Long “[b]aseado nas tendências globais, é provável que os empregos na indústria continuem a diminuir, enquanto a necessidade de trabalhadores da Economia de Aplicativos (App Econmy) aumenta”¹.

Entendo que a tutela e incentivo da tecnologia pelo Estado cumpre um papel central para o desenvolvimento nacional e por isso mesmo o assunto “tecnologia” não pode ser desatrelado, constitucionalmente falando, do desenvolvimento.

Mesmo diante desse quadro, o país ainda está distante da incorporação de uma mentalidade inovadora de ruptura, porque permanece o pensamento atrelado a metodologias que encaram a tecnologia como um mero instrumento a ser incorporado em estruturas econômicas arcaicas

¹ MANDEL, Michael; LONG, Elliott. *A Economia de Aplicativos no Brasil*. Washington (DC): Progressive Policy Institute (PPI), 2017, p. 4. Disponível em: <http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2017/02/PPI_BrazilAppEconomy_PT_V2_AW.pdf>. Acesso em: 01.06.2018.

que permanecem. Como se não bastasse esse aspecto problemático, os Poderes eleitos introduzem, muitas vezes medidas de restrição à tecnologia² movidos por puro misoneísmo³.

Destacarei, como ponto inicial e a título de contextualização, o significado da tecnologia (e da ciência, porque necessariamente atreladas), tanto de sua importância econômica como também sua inserção na atual Constituição brasileira, a primeira das constituições a incorporar expressamente esse tema.

Tecnologia, inovação e desenvolvimento

No atual estágio civilizatório, seria absolutamente insuficiente, imprópria e descolada da realidade qualquer análise do tema que desconsiderasse o *perfil inovador* da tecnologia.

Uma análise conduzida com desprezo pela inovação da tecnologia seria perversa tanto por desconsiderar o **valor normativo** da inovação tecnológica em si mesma (a Constituição valoriza a inovação, portanto assume o tema no mais alto grau hierárquico do sistema jurídico) como também por desconsiderar o **valor econômico** que é causado pela progressão (positiva) das relações empresariais e comerciais em decorrência direta da aplicação de novas tecnologias.

Contextualizando o tema em seus aspectos jurídicos e econômicos, tenho para mim que, na realidade nacional, o almejado desenvolvimento socioeconômico (um valor constitucional e, acima de tudo, padrão civilizatório de nossa sociedade) está ligado de forma visceral ao domínio do elemento tecnológico⁴ e, mais do que isso, à inovação tecnológica⁵ em sentido mais estrito.

² Cito, neste ponto, como exemplo o caso do Projeto de Lei (PL nº 596/2016) do Estado de São Paulo que pretendia proibir por completo o uso de aplicativos na atividade de motofrete. Foi também o caso da Lei nº 6.106/2016 do Município do Rio de Janeiro que proibiu "o transporte remunerado de passageiros em carros particulares, a título de transporte coletivo ou individual, estando ou não cadastrados em aplicativos ou sites" (art. 1º da referida Lei).

³ "O 'misoneísmo', medo e ódio irracionais a ideias novas, foi um grande obstáculo à aceitação geral da moderna psicologia. Também a teoria evolucionista de Darwin sofreu esta oposição – um professor norte-americano, chamado Scopes, foi julgado em 1925 por ter ensinado a evolução". (JUNG, Carl G. Chegando ao inconsciente. In: *O homem e seus símbolos*. 5. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2015. p. 33).

⁴ No sentido anteriormente mencionado de que a tecnologia é especialmente relevante para países com economias não desenvolvidas.

⁵ Confira-se, ainda nesse mesmo sentido, Mario Racanello e Marcelo Norberto Rougie: "Dirigiéndose al subcontinente latinoamericano, Ferrer señala al progreso científico-tecnológico como el agente conductor de los procesos de desarrollo económico y

A afirmação de que o desenvolvimento socioeconômico há de ocorrer pelas novas tecnologias poderia soar como um posicionamento teórico, ou até mesmo ideológico, sem suporte no Direito positivo, alimentando as fileiras de um saber descompromissado com o Ordenamento Jurídico nacional. Porém, trata-se não apenas de uma conjectura, de uma orientação doutrinária ou mesmo individual, mas sim de *determinação constitucional brasileira positivada*, norma *luminare* do Direito em vigor.

Nossa Constituição econômica de 1988 além de impor essa leitura estabelece, por isso mesmo, parâmetros da atuação estatal nessa área. Bastará, aqui, para evitar maiores digressões neste momento inicial, a leitura do art. 218⁶ e 219, da Constituição, sendo especialmente esclarecedora a norma do parágrafo 2º, do art. 218, que transcrevo a seguir:

§ 2º. A pesquisa *tecnológica* voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o *desenvolvimento do sistema produtivo* nacional e regional. (original não grifado)

As novas tecnologias inserem-se em um cenário no qual o desenvolvimento, a apropriação e a incorporação do *conhecimento mais avançado* é determinante para o progresso de um país, especialmente do ponto de vista endógeno⁷, posto que permitem⁸ ultrapassar, mais brevemente, as estruturas econômicas do subdesenvolvimento, oferecer soluções para os problemas nacionais e contribuir para a formação plena de um sistema produtivo nacional e regional articulado, qualificado e *suficientemente diversificado*. Essa trilha não passou despercebida do constituinte de 1987-1988.

social, condición del éxito de la estrategia desarrollista que debería ser desplegada desde la órbita estatal. La variable tecnológica ocupaba la centralidad en escena de desarrollo. Según Ferrer, una estrategia de desarrollo que no contemple la ciencia y tecnología sería como 'pretender representar Hamlet sin el Príncipe de Dinamarca' " RACANELLO, Mário; ROUGE, Marcelo Norberto. "Aldo Ferrer: hacedor de ideas y políticas tecnológicas", In: DEL VALLE DEL CARMEN, María; JASSO, Javier; Núñez, Ismael (coords.), Ciencia, Tecnología, Innovación y Desarrollo: el pensamiento latinoamericano, Madrid, FCE/UNAN, 2016, p. 44.

⁶ "O art. 218 determina promova e incentive, o Estado, o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. [...] O que inspira a consagração, no texto constitucional, da regra que ora cogito é a verificação de que, hoje o fator determinante de crescimento econômico, parcela do desenvolvimento constitucional, já não é mais tão-somente a acumulação de capital, mas, também a acumulação dos saber de tecnologia" (GRAU, 1997, p. 274).

⁷ Nesse sentido, cf. Bercovici, 2011, p. 220 e Furtado, 1967, p. 117 e 142.

⁸ Digo que "permite" e não que necessariamente desencadeia uma evolução, pois esta depende da concomitância de outros fatores e objetivos, tanto dos agentes econômicos privados como do Estado. Assim, por exemplo, a incorporação tecnológica por setores exclusivamente exportadores, não voltados para o mercado nacional, gera setores que pouco contribuem para o desenvolvimento interno e a diversificação do mercado como consequência impulsionada pelo êxito de certos setores econômicos.

Na linha de desenvolvimento equilibrado imposto pela Constituição do Brasil (art. 174, § 1º e 192, *caput*) e de “difusão e transferência de tecnologia” (art. 219, parágrafo único), a referida diversificação da matriz econômica, que demanda, na atualidade, assimilação de tecnologia e agregação de valor nos diversos bens e serviços ofertados, é uma das linhas mestras da Constituição econômica.

Nesse esteio, nosso recente período de crise econômica, a partir de 2014, gerada pela queda no preço das *commodities*, denuncia nossa dependência histórica de uma agenda produtiva nacional pouco diversificada e com baixa participação de manufaturados e de produtos de alta tecnologia.

De acordo com estudo “Géopolitique de la Nouvelle Amérique Latine: pensées stratégiques et enjeux politiques” realizado pelo IRIS - Institut de Relations Internationales⁹, a partir de 2010 uma nova conjuntura econômica surge para os países latino-americanos que provoca a queda da atividade econômica. Entre os principais fatores dessa queda destaca-se a diminuição da demanda chinesa pelos principais produtos de exportação latino-americanos.

Uma publicação de 2016 capitaneada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento sustenta que o preço das matérias primas¹⁰ (principal produto de exportação dos países da América Latina) caiu desde o segundo semestre de 2011¹¹.

Ainda nesse sentido, segundo estudo do FMI - Fundo Monetário Internacional, a queda dos preços das *commodities* foi mais abrupta desde meados de 2014. O principal produto cujo preço decresceu foi o petróleo bruto, seguido pelo preço dos metais e alimentos¹².

⁹ Cortinhas, Juliano; de France, Olivier; Kourliandsky, Jean-Jacques; Maulny, Jean-Pierre; Ventura, Christophe, *Géopolitique de la Nouvelle Amérique Latine: Pensées stratégiques et enjeux politiques*, Direction générale des relations internationales et stratégie, IRIS, Institut de Relations Internationales, Ministère de la Défense (France), Paris, 2016, p. 23-4, Disponível em: <<http://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2016/04/2016-avril-ETUDE-G%C3%A9opolitique-de-la-nouvelle-Am%C3%A9rique-latine.pdf>>. Acesso em: 13.11.2016.

¹⁰ Inseridas na categoria de *commodities*.

¹¹ Powell, Andrew (cord.), *Tiempo de decisiones: América Latina y el Caribe ante sus desafíos*, New York, Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2016, p. 5, disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7533/Tiempo-de-decisiones-América-Latina-y-el-Caribe-ante-sus-desaf%C3%ADos.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 13.11.2016.

¹² International Monetary Fund, *Perspectivas económicas: Las Américas*. Washington, D.C, International Monetary Fund, 2015, p. 47, disponível em: <<https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/reo/2015/whd/pdf/wreo0415s.pdf>>. Acesso em: 13.11.2016.

Esse quadro externo de dificuldades deve ser compreendido, ainda, com as diversas ocorrências internas de cada país. Todo esse conjunto contribuiu para a diminuição do crescimento das economias latino-americanas, principalmente aquelas com PIB mais relevante, como é o caso de Brasil e México¹³.

Nesse cenário é que a pauta da incorporação tecnológica para revolucionar a pouco diversificada matriz econômica do país desloca-se para o centro dos problemas de desenvolvimento nacional. Outros países com maior sucesso no comércio exterior e menor instabilidade econômica como Austrália e Canadá, também têm grade participação de produtos primários em sua pauta de exportações mas apresentam um diferencial competitivo que os colocam em posição de destaque em relação ao Brasil: incorporam mais qualidade mesmo nos produtos ditos primários exportados. Essa incorporação de qualidade se dá justamente pelo fato de que o Canadá e a Austrália atingiam um maior desenvolvimento de sua estrutura produtiva. Essa estrutura agrega um alto número de indústrias de média a alta tecnologia, que incrementam a qualidade da produção de todos os setores, inclusive nos setores de commodities¹⁴.

Portanto a tecnologia mantém o papel central tem desempenhado, desde a Revolução Industrial, no rompimento de um sistema problemático atrelado à baixa de produtividade. A ampla incorporação tecnológica como política econômica do Estado será crucial na superação das adversidades relacionadas à distribuição heterogênea da incorporação da tecnologia, considerando que algumas empresas podem atingir um elevado patamar de produtividade e tecnologia comparável aos mais exigentes padrões internacionais de sofisticação e desenvolvimento, ao mesmo tempo em que a maioria ainda permanece muito abaixo desse padrão¹⁵.

¹³ cf. Powell, Andrew (cord.), *Op. cit.*, p. 7-8.

¹⁴ Essa é a conclusão de Larissa Vieira Resende e João Prates Romero em trabalho que conquistou o primeiro lugar na categoria desenvolvimento em debate no prêmio ABDE-BID 2017 (cf. RESENDE, Larissa Vieira; ROMERO, João Prates. *Estrutura Produtiva e crescimento: uma análise comparativa de Brasil, Austrália e Canadá. Prêmio ABDE-BID / Associação Brasileira de Desenvolvimento. /Banco Interamericano de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: ABDE Editorial, 2017, p. 111-115, ref. 89-119. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Joao_P_Romero/publication/323918171_Estrutura_produtiva_e_crescimento_Uma_analise_comparativa_de_Brasil_Australia_e_Canada/links/5ab29e0c458515e0cebeedeb/Estrutura-produtiva-e-crescimento-Uma-analise-comparativa-de-Brasil-Australia-e-Canada.pdf>. Acesso em: 08.06.2018).

¹⁵ Cf. Furtado, Celso. *Não à recessão e ao desemprego*. São Paulo: Paz e terra, 1983. (Coleção Estudos Brasileiros). 1983. p. 83.

O papel da revolução tecnológica em economias atrasadas

O conhecimento com inovação é um bem imaterial; sua defesa específica e individualizada constitui preocupação central dos países pelo chamado Direito industrial (ou Direito da propriedade industrial)¹⁶. Nessa seara, assumem destaque as chamadas *patentes de invenção*, que tutelaram e permanecem protegendo inovações historicamente importantes e de grande impacto socioeconômico, como ocorreu com os microprocessadores para computadores¹⁷ (apenas para ficarmos em um exemplo notório).

Ao Estado interessa a defesa dessa área tecnológica e o *Direito econômico nacional* oferece a instrumentalização jurídica dessa política estatal¹⁸, justamente pelos benefícios que pode carrear ao desenvolvimento socioeconômico da nação¹⁹.

Há uma preocupação e cuidado mundiais em estimular e proteger ideias inovadoras aplicadas economicamente. Aliás, no atual estágio da economia global, mais relevante do que a propriedade sobre bens físicos de produção fabril²⁰ – esta foi efetivamente fundamental em momentos históricos passados – é a *priorização da propriedade de bens imateriais*. Esta emerge com as patentes, os registros em geral e as marcas a eles atreladas. Como lembra Celso Furtado, as:

¹⁶ Embora, na origem, tenha-se pretendido um *Direito industrial* como “ramo” do Direito voltado para o estudo da indústria e seu papel na economia (leitura microeconômica, focada na unidade produtiva e não na produção nacional de riqueza). Atualmente, esse objeto das micro-relações está articulado pelo Direito comercial e, na perspectiva nacional e de transformação, o tema vem abordado pelo Direito econômico.

¹⁷ Os efeitos produzidos pela invenção e difusão da internet, por exemplo, foram absolutamente imprevisíveis, o que bem ilustra o gigantesco potencial da tecnologia para alterar radicalmente o sistema produtivo mundial e, certamente, qualquer sistema nacional.

¹⁸ O Direito econômico instrumentaliza a política econômica do Estado, como bem acentua a melhor Doutrina nacional.

¹⁹ Davara Rodrigues explica que “o fenômeno tecnológico” trazido pela realidade dos softwares “não trouxe como consequência apenas sua utilização comercial e profissional, mas com ele surgiram, também, vinculações e bens até agora desconhecidos. Desta forma, nascem [...] relações produzidas por contratação eletrônica [...] e novos cenários comerciais que vêm à luz com o apoio e possibilidades de desenvolvimento que a tecnologia proporciona” (Davara Rodrigues, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 28, tradução livre. No original: “el fenómeno tecnológico no ha traído como consecuencia solamente su utilización comercial y profesional, sino que con él han surgido vinculaciones y bienes asta ahora desconocidos. De esta forma, nacen [...] relaciones producidas producto de la contratación electrónica [...] y de los nuevos escenarios comerciales que ven la luz con el apoyo y posibilidades de desarrollo que la tecnología les proporciona”).

²⁰ Com o modelo fordista de produção em massa ocupando simbolicamente o ápice desse estágio econômico. No Brasil podemos citar o Moinho dos Matarazzo, símbolo do que havia de mais arrojado no setor produtivo, logo no início do século XX considerada a maior célula industrial e em funcionamento daquela época.

“teorias do desenvolvimento são esquemas explicativos dos processos sociais em que a assimilação de novas técnicas e o consequente aumento da produtividade conduzem à melhoria do bem-estar de uma população com crescente homogeneização social”²¹.

Esse processo de inovação, nos conhecidos termos da teoria shumpeteriana, é o “principal motor do crescimento” que gera “uma ruptura tecnológica que engendra a chamada destruição criativa”²². Referido processo representa a superação de elementos e contextos ultrapassados, abrigoando a adaptação e o dinamismo que geram as referidas melhorias socioeconômicas. De acordo com Luc Ferry, esse processo de superação criativa há de ser amplo, não devendo ser considerado circunscrito à invocação de produtos, pois:

“o que essencialmente alimenta o crescimento se situa na invenção em todos os campos essenciais à produção capitalista: os produtos, evidentemente, mas também a organização do trabalho, a conquista de novos mercados, de novos métodos de produção, de novos meios de transporte, de novas fontes de matérias primas”²³.

A atuação do Estado nesse sentido é fundamental tanto no aspecto interventivo e condutor²⁴ do processo de incorporação tecnológica e aumento da competitividade empresarial, quanto para criar um ambiente propício à inovação.

Mesmo sem endossar a linha considerada mais interventiva do Estado, Michel E. Porter ressalta esse papel das “nações” em impelir as empresas a perseguirem a inovação, sustentando que as nações com setor empresarial de sucesso são aquelas que “romperam” a “inércia” de forma a promover um processo inovativo continuado.²⁵

²¹ FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento Revisitado. In: D`AGUIAR, Rosa Freire (Org.). *Celso Furtado Essencial*. São Paulo: Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013, p. 251-275.

²² AUGÉY, Dominique. *Les Mystères de L`Innovation: le regard contemporain de l`économie et de la gestion*, In: MESTRE, Jacques; MERLAND, Laure (dir). *Driot et innovation*. Aix-En-Provence (França): Presses Universitaires d`Aux-Marseille, 2013, p. 90, tradução livre. No original: “[...] le principal moteur de la croissance [...] génèrent une rupture technologique que engendre une ‘destruction créatrice’ ”.

²³ FERRY, Luc. *A inovação destruidora*: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. (Trad. Vera Lúcia dos Reis). Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 18.

²⁴ Interventivo e condutor dentro dos limites constitucionais, sem planificação e sem planejamento cogente para o setor produtivo privado.

²⁵ Porter, Michael E. *The Advantage of Nations*. New York/London/Toronto/Sidney/Tokyo/Singapore: The Free Press, 1990, p. 68).

Como já ressaltai em outra oportunidade, referindo-me à posição de Amélia Ancog, em sua obra *Law, Science and Technology*, “pode-se medir a força dos esforços de um país para o seu desenvolvimento através de sua estrutura legal, que incentive e acomode inovações, produtividade e excelência”²⁶.

É dever social exigir esforços legislativos no Brasil que não promovam a sabotagem de nosso desenvolvimento, como infelizmente tem ocorrido recentemente, com projetos de viés corporativista, que procuram cristalizar posições e ganhos de determinados setores avessos à incorporação tecnológica. É também impositivo combater energicamente todos os que vão em sentido proscrito constitucionalmente.

No Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, responsável pelo registro das patentes, dos contratos de transferência de tecnologia, das marcas e das indicações geográficas, também realiza o registro de *programas de computador*, como os *softwares* que proporcionam aplicações econômicas avançadas. No mundo atual, porém, diversos países expandiram ainda mais essa defesa e chegam, atualmente, a proteger a criação de *softwares como patentes e não apenas como proteção de direito autoral*²⁷.

Essa nova dimensão protetiva criada por alguns países, como a Coreia do Sul, encontra-se em maior sintonia com o papel da inovação tecnológica no desenvolvimento nacional – inclusive essa específica inovação que ocorre via aplicativos ou *softwares*.

A importância da revolução tecnológica para as economias dos países subdesenvolvidos, que ainda precisam romper as estruturas da baixa incorporação tecnológica, é mais acentuada do que para os países avançados. Ademais, sua falta, nesses países periféricos, é sentida mais drasticamente pela população em geral²⁸.

²⁶ Tavares, André Ramos. Ciência e Tecnologia na Constituição. In: *Revista Brasileira de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 175, jul/set., 2007, p. 19, ref. p. 7-20.

²⁷ Sobre essa evolução em outros países: “Ainda que seja evidente, não é inútil recordar que o direito se sustenta sobre estruturas que foram elaboradas para objetos materiais. As criações intelectuais foram consideradas durante muito tempo como simples extensões da personalidade. A ‘patrimonialização’ das criações do espírito é um fenômeno muito recente. [...] De fato, de agora em diante a cena econômica estará dominada pela informática e, mais particularmente pelo software” (Toubol, Frédérique. *El Software: análisis jurídico*. Trad. MUISSET DE ESPANÉS, Luis Buenos. Aires: Zavalia, 1990, p. 24-5, tradução livre. No original “Aunque sea evidente, no resulta inútil recordar que el derecho descansa sobre estructuras que han sido elaboradas para objetos materiales. Las creaciones intelectuales han sido consideradas durante largo tiempo como simples prolongaciones de la personalidad. La ‘patrimonialización’ de las creaciones del espíritu es un fenómeno muy reciente [...] En efecto de ahora en más la escena económica estará dominada por la informática y, más particularmente por el software”).

²⁸ Em 2016, mercados emergentes como Indonésia, Índia México e Brasil tiveram um crescimento ainda mais intenso das receitas de lojas de aplicativos do que os países centrais (MANDEL, Michael; LONG, Elliott. *A Economia de Aplicativos no Brasil*. Wa-

Entretanto, as fórmulas jurídicas de *incentivo* à inovação, especialmente nos campos tecnológicos, são uma preocupação social e jurídica mesmo em países que já atingiram um nível mais elevado de desenvolvimento socioeconômico. A esse respeito Nicole Davout registra que:

[...] as autoridades e os governos implementaram [...] em muitos países regimes fiscais destinados a estimular a inovação tecnológica. [...] Este é o caso nos Países Baixos, Bélgica, Reino Unido, Espanha, Canadá, Estados Unidos, China e Japão. São exceções Alemanha e Suíça, onde predomina a concessão direta de subvenções a empresas inovadoras.²⁹

Inovação tecnológica é a matriz de uma nova ordem internacional. Não causa estranheza, portanto, a corrida tecnológica que tem se intensificado cada vez mais entre as diversas economias, incluindo, na dianteira, as economias centrais, e, cada vez mais na dependência, as economias ainda em desenvolvimento.

Os direitos sobre a revolução tecnológica e o acesso assimétrico dos povos

A incorporação nacional das tecnologias em geral desafia aspectos do próprio Direito internacional, na medida que exige a apropriação de direitos sobre tecnologia em países economicamente menos avançados, com impactos na divisão internacional do trabalho e na posição estratégica que cada país ocupa na partilha das tecnologias atuais. Nesse sentido, ainda que falando especificamente sobre tecnologias verdes, a posição de Guillaume Henry é esclarecedora:

shington (DC): Progressive Polilice Institute (PPI), 2017, p. 4. Disponível em: <http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2017/02/PPI_BrazilAppEconomy_PT_V2_AW.pdf>. Acesso em: 01.06.2018). Esse dado é um indicativo do atraso generalizado em economias periféricas de grande população.

²⁹ Davout, Nicole. La Fiscalité de L'Innovation. IN: MESTRE, JACQUES; MERLAND, LAURE (Coord.). *Droit et Innovation*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aux-Marseille, 2013, p. 42-3, original não destacado. No original: S'agissant en outre d'activités potentiellement *stratégiques pour le développement économique national*, les pouvoirs, les pouvoirs publics ont [...] mis en œuvre dans de nombreux pays des dispositifs fiscaux destinés à stimuler l'innovation technologique. [...] Tel est le cas aux Pays-Bas, en Belgique, au Royaume-Uni, en Espagne, au Canada, aux États-Unis, en Chine et au Japon. Font notamment exception l'Allemagne et la Suisse, qui privilégient l'attribution directe de subventions aux entreprises innovantes".

“O desafio é garantir que as tecnologias [...] possam ser exploradas não apenas nos países ocidentais desenvolvidos, mas também nos países em desenvolvimento”³⁰

Um exemplo dessa difusão (acesso à tecnologia consensuado), citado pelo referido autor³¹ encontra-se na Declaração de Doha de 2001 – “Declaration on the TRIPS agreement and public health”³², documento internacional que reconhece a gravidade dos problemas de Saúde devido às epidemias de AIDS, tuberculose e malária e abre possibilidades de “flexibilização” da proteção da propriedade intelectual em favor dos países em desenvolvimento que sofrem com essas mazelas. Trata-se de um importante reconhecimento internacional do direito de acesso à tecnologia aos países não-centrais. Mas esse tipo de direito de acesso comprova exatamente a tese do atraso tecnológico e da incapacidade dos países mais atrasados em dominarem a tecnologia em setores essenciais para sua população, como a tecnologia na área da saúde.

A importância da tecnologia em seus benefícios para o país que a alberga é muito bem ilustrada, ainda, no caso da apropriação de valor na cadeia produtiva da empresa norte-americana *Apple Inc.*, cujos principais produtos são montados na China. Apesar da localização física, na China, da unidade fabril de montagem, “é um erro comum” assumir “que a China, onde o i-Pad é montado, recebe uma grande parcela do dinheiro pago pelos bens eletrônicos”³³.

Ou seja, a tecnologia, notadamente em seu aspecto imaterial, assume relevância para o país que a domina e a protege ou, ao menos, que tenha condições de se beneficiar diretamente de seu melhor uso econômico funcional. Os modelos fabris deixam de assumir o protagonismo que historicamente lhes era atribuído a partir da Revolução Industrial,

³⁰ HENRY, Guillaume. *Technologies Vertes et propriété intellectuelle: brevets, marques et écolabels: green tech and IP rights*. Paris: LexisNexis, 2013, p. 63, tradução livre. No original: “L'enjeu du transfert de technologie [...] s'inscrit dans un cadre non plus national ou régional mais mondial. Le défi est de faire en sorte que les technologies vertes puissent être exploitées non seulement dans les pays occidentaux développés mais également dans pays en développement”.

³¹ *Op. cit.*, p. 65.

³² Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm>. Acesso em: 15.01.2017.

³³ Kraemer, Kenneth; Linden, Greg; Dedrick, Jason. Capturing value in Global Networks: Apple's iPad and iPhone, University of California, Irvine, University of California, Berkeley, y Syracuse University, NY. v. 15, 2011, p. 5. Disponível em: <http://pcic.merage.uci.edu/papers/2011/value_ipad_iphone.pdf>. Acesso em: 01.06.2018. Tradução livre, no original: “It is a common misconception that China, where the iPad is assembled, receives a large share of money paid for electronics goods”.

porque as economias passam a ser alavancadas não pelo local das fábricas mas sim pelo destinatário dos lucros auferidos, ou seja, pelos titulares dos direitos tecnológicos.

Os autores do estudo acima indicado demonstraram que do valor de cada i-Pad vendido por US\$ 499,00, a China só retinha US\$ 8 por custos de mão-de-obra. Os principais rendimentos e salários são internalizados nos EUA, *centro que detém esse conhecimento tecnológico e suas respectivas patentes*, além dos direitos de design e dos retornos de *marketing*³⁴.

Esse caso bem conhecido da literatura especializada demonstra, ainda, a necessária distinção que mencionei acima entre acesso aos produtos com tecnologia e o acesso à tecnologia. Embora o agente capitalista, como elemento básico do comércio em geral, pretenda alcançar o maior número possível de mercados consumidores, essa difusão significa apenas sucesso empresarial específico (individual) e não necessariamente acesso ao domínio da tecnologia que é comercializada. Acesso ao produto com tecnologia de ponta não equivale a acesso ao domínio dessa tecnologia, que resta protegida em diversas “camadas”, pelo Direito internacional, pelo Direito nacional, pelos organismos internacionais e pelos contratos comerciais.

Nesse sentido, uma Lei (nacional) hipotética, que pretenda evitar a patente de uma invenção ou mesmo o registro e tutela individual (empresarial) de um programa de computador para permitir acessibilidade plena poderia, sim, estar visando à maior concorrência ou desenvolvimento posterior calcado nessa acessibilidade. Porém:

“[...] a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição” (RE nº 205.193, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25.02.1997, Primeira Turma, DJ 06.06.1997).

³⁴ *Op. cit.*, p. 7 e 11.

Adotando a linha desenvolvimentista³⁵, a Constituição do Brasil estabelece íntima e necessária ligação entre os temas do desenvolvimento tecnológico, do desenvolvimento econômico e, ainda, do desenvolvimento social, como se depreende dos artigos 5º, XXIX, 216, V e 218 a 219-B. Há, pois, espaço legítimo para adotarem-se certas medidas relacionadas à acessibilidade no Brasil, embora dentro de um espaço que também vem limitado por outras “barreiras”, como o respeito aos direitos proprietários em geral, especialmente, neste caso, as patentes.

O “uso subdesenvolvido de tecnologias desenvolvidas”

Há uma importante distinção, para fins do estudo sobre tecnologia e Direito, bem como para a compreensão exata dos processos desencadeados perante o Direito brasileiro, para além da conhecida distinção anterior entre acesso aos produtos tecnológicos e acesso à tecnologia. Assim é que, mesmo com acesso à tecnologia, é preciso distinguir um acesso que gera seu uso de um acesso que gera uma mudança estrutural de funcionamento da economia. Em um caso temos incremento tópico de algum ou alguns segmentos econômicos. No outro, temos uma nova economia. A distinção baseia-se na lição de Ricardo A. Guibourg, acerca da necessidade de mudança não apenas tecnológica, mas dos sistemas de pensamento. Para bem compreender esse ponto, importa verificar como o autor concebe o usuário de tecnologia:

“[...] o indivíduo que, investido de certas vantagens que um novo instrumento oferece a sua atividade, o adquire e o incorpora a sua vida sem questionar seus procedimentos anteriores, salvo no que é estritamente indispensável para a recepção dessa técnica. Este usuário certamente recebe os benefícios esperados [...] Faz um bom negócio, mas não o melhor negócio, porque ele mantém estruturas

³⁵ O Estado Desenvolvimentista sempre esteve associado à modernização das estruturas produtivas, o que impõe uma revolução na incorporação tecnológica e superação de formas arcaicas de produção. De acordo com o ensinamento de Modesto Carvalhosa: “[...] o Estado desenvolvimentista é agente externo da transformação da própria classe capitalista. Em nome do desenvolvimento capitalista, realiza reformas estruturais que contradizem muitos interesses estabelecidos; leva a classe capitalista industrial a se impor sobre as outras facções tradicionais, notadamente a rural de tendência latifundiária e a mercantil importadora. Conseqüentemente, o governo, até certo ponto, coloca-se em posição contrária à estrutura capitalista pre-estabelecida na medida em que procura efetivamente impor a racionalidade de um sistema capitalista consoante com os modelos da sociedade industrial desenvolvida” (CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*: obras completas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 200 - manteve-se a grafia original do texto republicado em 2013, que data originalmente de 1973).

mentais e rotinas comportamentais elaboradas e estabelecidas antes da incorporação da tecnologia adquirida, de modo que a nova técnica passa a ser inserida em um quadro que, embora seja aceito sem oportunidade de crítica, talvez seja obsoleto.”³⁶

À essa prática, acrescenta Ricardo A. Guibourg, denomina-se “uso subdesenvolvido das tecnologias desenvolvidas”³⁷. Pode-se dizer que, embora haja acesso e utilização de tecnologia avançada, a prática decorrente desse uso não se adaptada plenamente ao surgimento dessa tecnologia, não sendo capaz, por isso, de incorporar a potencialidade inerente à tecnologia acessada, posto que permanece presa às estruturas arcaicas da economia não-tecnológica.

É exatamente no *ponto de viragem*, quando surge a consciência mais profunda da mudança tecnológica, que a sociedade reflete o paradigma tecnológico como efeito organizador e de desenvolvimento do comportamento humano, de modo a alterar hábitos de consumo e criar novos modelos de trabalho e prestação de serviços.

Fernando Henrique Cardoso, ao comentar o itinerário da investigação de Manuel Castells, no “*A sociedade em rede*”, introduz o tema do paradigma tecnológico baseado na informação como “um novo ‘modo de desenvolvimento’” da sociedade, cuja análise “se desdobra na identificação de uma nova estrutura social, marcada pela presença e o funcionamento de um sistema de redes interligadas”³⁸. E, adverte, ainda, que:

“[...] é preciso levar a sério as mudanças introduzidas em nosso padrão de sociabilidade em razão das transformações tecnológicas e econômicas que fazem com que a relação dos indivíduos e da própria sociedade com o processo de inovação técnica tenha sofrido alterações consideráveis”³⁹

³⁶ Guibourg, Ricardo A.. Sobre la técnica en el derecho. In: *Informática jurídica decisória*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993, p. 2, tradução livre, no original: [...] el individuo que, enterado de ciertas ventajas que un nuevo instrumento ofrece a su actividad, lo adquiere y lo incorpora a su vida sin poner en tela de juicio sus procedimientos anteriores, salvo en lo que resulte estrictamente indispensable para la recepción de aquella técnica. Este usuario recibe, ciertamente, las ventajas esperadas [...] Hace un buen negocio, pero no el mejor negocio, porque, mantiene las estructuras mentales y rutinas de conducta elaboradas y asentadas en época anterior a la incorporación de la tecnología, de modo que la nueva técnica viene insertarse en un marco que, aunque se acepta sin oportunidad de crítica, tal vez se halle obsoleto”.

³⁷ *Op. cit.* p. 2, tradução livre, no original: “uso subdesarrollado de las tecnologías desarrolladas”.

³⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*, v. I. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. II.

³⁹ *Idem*.

É nesse sentido – criação de novos padrões de sociabilidade e convívio, na sempre intrincada dimensão socioeconômica – que os modelos de tecnologia hão de atuar, procurando atingir a estrutura social enraizada na informação e no conhecimento modelador dos hábitos de consumo.

A tecnologia na Constituição de 1988: a liberdade tecnológica com apoio integral do Estado

A ciência, tanto teórica como aplicada, faz parte da vocação humana – a propósito em seu mais elevado estágio de desenvolvimento mental – de ancorar na produção organizada do conhecimento o caminho para a melhoria dos padrões de convívio social e desempenho individual e social⁴⁰.

Foi na Constituição de 1988 que a ciência e a tecnologia receberam Capítulo próprio, “Da Ciência e Tecnologia” (capítulo IV, portador dos artigos 218 e 219), dentro do Título “Da Ordem Social”, pela primeira vez na História constitucional nacional. Essa mudança paradigmática demonstra a “relevância conferida à matéria, a ponto de vincular o legislador, tolhendo seu espaço de livre conformação a certas posturas e orientações mínimas”⁴¹.

A Constituição avançou para impor ao Estado brasileiro o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, CB). Essa cláusula vem complementada, logo a seguir, com a incumbência de o Estado apoiar a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e conceder aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho (§4º, art. 218, CB).

Esse forte compromisso do Estado para com a ciência e a tecnologia, colocado diretamente pela Constituição brasileira, de nada ou de

⁴⁰ Celso Ribeiro Bastos bem destaca que ciência e tecnologia são criações do saber humano indissociáveis: “A ciência volta-se mais para as formulações teóricas e a tecnologia procura extrair rendimento prático desses mesmos princípios. Quase se poderia dizer que a tecnologia é a ciência aplicada” (Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, 776).

⁴¹ Tavares, André Ramos. Ciência e Tecnologia na Constituição. In: *Revista Brasileira de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 175, jul/set., 2007. p. 7, ref. p. 7-20.

pouco adiantaria se não estivesse acompanhado da máxima proteção jurídica da liberdade de expressar a vocação humana ao conhecimento organizado (ciência) e aplicado (tecnologia) a fim de propiciar o desenvolvimento. E essa proteção está encartada na Constituição, igualmente de maneira direta e objetiva, como liberdade de expressão científica (art. 5º, IX, CB), da qual deriva a *liberdade de expressão tecnológica*.

O Supremo Tribunal Federal no Brasil já firmou entendimento, ao tempo em que julgou a ADI 3.510/DF (conhecido como o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias) sobre o enquadramento da liberdade de expressão científico-tecnológica no “clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado”. Nas palavras do Min. Ayres Britto:

“[...] substantivo ‘expressão’, especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo *subir à tona* ou *vir a lume* de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.” (ADI 3.510/DF, voto do Min. Carlos Ayres Britto)

O destaque constitucional conferido à liberdade de expressão científica, em cujo âmbito a ciência aplicada também se insere, é o passo que antecede, sem maior esforço mental, o reconhecimento do direito *fundamental* à expressão tecnológica. É alçada à tutela jurídica máxima a ***liberdade do desenvolvimento (e uso) tecnológico, com o incentivo e apoio do Estado brasileiro***.

Constitucionalmente falando, o que existe, portanto, é um **dever estatal de proteger e incentivar as tecnologias, ao lado de uma liberdade individual de expressão tecnológica, dimensões que se suportam e se complementam**.

Em realidade, a tutela constitucional da tecnologia é transversal, abrangendo todas as áreas, e só pode encontrar legítima constrição em cláusulas constitucionais expressas, ou restrição em face de valores constitucionais considerados subordinantes.

Ressalto, ademais, que a contextura constitucional da sua tutela como atividade individual alcança, digamos, dois polos da tecnologia. Num ponta, há o resguardo da liberdade de expressão científica, na qual se *protege a criação tecnológica* e, no outro polo, é reconhecido o direito fundamental à *livre exploração econômica da tecnologia criada* (art. 170, parágrafo único) e a *liberdade de desempenho profissional*, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), tanto como condição indispensável para exploração tecnológica como forma de atividade ancorada na tecnologia já criada.

Essa tutela constitucional da tecnologia como liberdade individual não é disposição de luxo ou perfuraria jurídica; seu principal alcance prático está em vedar a injustificada interferência constrangedora do Estado nesse âmbito de proteção. Limites existem aos particulares, porém tais limites devem guardar uma relação de pertinência jurídica com o próprio conceito da liberdade albergado constitucionalmente (limites dos limites)⁴².

No entanto, como assinalei acima, a proteção à ciência e tecnologia não se esgota no aspecto individual, pois é dever do Poder Público ***promover e incentivar o desenvolvimento*** científico-tecnológico (art. 218, CB), inclusive para o engrandecimento do mercado interno, integrante que é do patrimônio nacional (art. 219, CB).

Tecnologia como implemento econômico

É do senso comum geral que plataformas tecnológicas virtuais (on-line), engendradas com *softwares aplicativos*, representam uma das mais atuais e dinâmicas fronteiras na vanguarda da inovação digital voltada para o dia-a-dia do cidadão⁴³.

Pode-se afirmar, de maneira mais tópica e, ainda assim, sem perder o suporte na realidade fenomênica, que *o uso dessa inovação tecnológica na área específica do trânsito e/ou transporte já se encontra*

⁴² Nesse sentido, cf. Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 496-499.

⁴³ Não é exagero falar, por força de avanços tecnológicos, em um incremento da cidadania (esta compreendida nos termos clássicos de “direito a ter direitos”), embora a cidadania também possa, em certas circunstâncias, ver-se afetada negativamente pela tecnologia, o que recorrentemente se verifica no tema privacidade e informação (com a disseminação e toda problemática das *fake news*).

*integrado*⁴⁴ ao cotidiano do cidadão, especialmente nos grandes centros urbanos⁴⁵, do Brasil e do Mundo⁴⁶.

A tecnologia assume, por isso mesmo, *específicas aplicações econômicas*.

Medidas que pretendem banir a tecnologia, como ocorre, por exemplo, com proibição de uso de certas plataformas on-line ou softwares aplicativos de relações econômicas, vão na contramão da História e do Mundo, pois pretendem, pura e simplesmente, assegurar a sobrevivência de um vasto setor em regime de atraso tecnológico, criando reservas incompreensíveis na economia nacional. A aplicação tecnológica e seu funcionamento são descontextualizados da importância econômica e de desenvolvimento que têm, em discursos ideológicos, de maneira a assegurar, sub-repticiamente, a não-tecnologia.

Há um espaço legítimo para a discussão de restrições à propriedade tecnológica, como por exemplo a restrição de patentes visando a ampliar o acesso de todos à inovação, como visto anteriormente. Todavia, não é o que se cuida no caso de iniciativas que pretendam apenas proibir a prestação de serviços por meio de plataformas tecnológicas, tornando a tecnologia um ilícito. Medidas desse teor tendem a impedir o uso lícito e funcional da tecnologia disponível e desenvolvida por empresas de tecnologia em detrimento do interesse da coletividade em ter ao seu dispor mais um serviço, legítimo e facilitador e potencializador de inúmeras relações econômicas.

Essas medidas proibitivas atingem o uso das chamadas *funcionalidades* que são geradas por uma plataforma tecnológica de *software*.

Também resulta inequívoco que esse tipo de medida, discretamente, beneficia indevidamente setores historicamente estabelecidos, como resultado inevitável em qualquer situação bloqueio estatal ao uso econômico da tecnologia. Esse tipo de comportamento Estatal, no Brasil, não resiste ao crivo da constitucionalidade, seja do ponto de vista do dever

⁴⁴ A integração à cultura nacional é inequívoca, como se percebe das grandes discussões sobre mobilidade urbana viária (cf., por exemplo, o 1o Festival Brasileiro de Filmes sobre Mobilidade e Segurança Viária. Disponível em: <<http://www.mobifilm.com.br/>>. Acesso em: 03.08.2017, para citar um dentre tantos casos).

⁴⁵ É o caso dos aplicativos de rotas para deslocamento com menor tráfego viário (ainda que em percursos mais longos) e, igualmente, dos aplicativos que oferecem os serviços de transporte público individual de passageiros, para mencionar apenas alguns.

⁴⁶ Apesar disso, não pretendo utilizar o argumento da globalização, geralmente usado para construir a falaciosa ideia da inevitabilidade de algumas realidades econômicas.

de promoção da tecnologia, seja do ponto de vista do dever de assegurar uma competição livre.

O Estado não pode desconhecer que o desenvolvimento econômico de um país é fortemente associado à tecnologia e à forma de sua incorporação econômica (seus usos, suas funcionalidades e impactos na cadeia industrial e de serviços).

Tecnologia como integrante do mercado interno no Brasil

As criações tecnológicas integram o *mercado interno brasileiro* como *patrimônio nacional* (art. 219). Por isso mesmo devem ser devidamente tuteladas pelo Estado. Trata-se de comando constitucional expresso que, embora nem sempre seja recordado voluntariamente pelos legisladores, constitui norma a ser observada por todas instâncias federativas do Brasil. Em seu teor, o art. 219 é contundente para a temática tratada no presente artigo:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento [...] socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País [...]

A primeira premissa que se pode fixar neste estudo é bastante direta: *a criação e o uso da tecnologia para fins econômicos lícitos encontra-se dentro de um espaço de proteção e delimitação constitucional*.

Qualquer lei que *desestimular* ou, até mesmo que chegue a *vetar*⁴⁷ a tecnologia será irreversivelmente inconstitucional. E isso é assim justamente porque se parte da premissa constitucionalmente adotada de que o uso da tecnologia no mercado interno permite promover uma das finalidades da Constituição econômica brasileira: o desenvolvimento.

Dessa forma, os novos implementos de tecnologia, principalmente aqueles que representam uma utilidade econômica e social, são merecedores de proteção estatal no Brasil.

⁴⁷ Relembra-se como exemplo o caso do Projeto de Lei (PL nº 596/2016) do Estado de São Paulo que pretendia proibir por completo o uso de aplicativos na atividade de motofrete. Foi também o caso da já citada Lei nº 6.106/2016 do Município do Rio de Janeiro que proibiu "o transporte remunerado de passageiros em carros particulares, a título de transporte coletivo ou individual, estando ou não cadastrados em aplicativos ou sites" (art. 1º da referida Lei).

Em termos mais práticos, a Constituição econômica brasileira assume uma premissa: veda-se, *“prima facie”*, a proibição do uso de inovações tecnológicas que facilitam ou incrementam a atividade econômica lícita.

A atuação estatal deve, nos termos constitucionais, incentivar a inovação e a tecnologia no campo privado também, especialmente quando relevante para o desenvolvimento nacional e regional, nos moldes do que dispõe o art. 219, parágrafo único, *in verbis*:

“O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia” (original não destacado).

Entretanto, nem sempre o Poder Público incorpora as revoluções tecnológicas e nem mesmo as incentiva em prol do desenvolvimento socioeconômico da nação. Em sentido oposto ao de suas responsabilidades constitucionais com a sociedade, muitas vezes o Estado opõe obstáculos injustificados (porque decorrentes de puro arbítrio) à tecnologia. Outras vezes autoridades pretendem enquadrar a nova tecnologia e os novos usos e produtos por ela proporcionados em categorias jurídicas que não lhe dizem respeito, anacrônicas e paralisantes em termos de inovação.

A livre iniciativa tecnológica como condição do desenvolvimento socioeconômico

Em consonância com o que ficou abordado anteriormente neste estudo, a incorporação de tecnologia tem um papel fundamental na *missão transformativa*⁴⁸ do Estado periférico atual em sua busca constitucional pelo desenvolvimento pleno.

⁴⁸ Como já afirmei anteriormente a “proposta transformativa [...] assume o sentido de instrumento de mudança da estrutura econômica de exploração ainda presente, e pobreza extrema de parte da sociedade, para níveis econômicos satisfatórios, pela transformação social” (Tavares, André Ramos. *Direito Econômico Diretivo: percurso das propostas transformativas*. São Paulo, 2014. p. 117).

Como afirmei inicialmente, a tecnologia assume um aspecto de centralidade na reversão das estruturas econômicas próprias de países subdesenvolvidos como o Brasil, incidindo na solução dos problemas de baixa produtividade, competitividade e distribuição heterogênea das incorporações tecnológicas⁴⁹.

Nessas circunstâncias, especificando o teor da Constituição de 1988 para o caso das plataformas tecnológicas de intermediação de produtos e serviços (e também seguindo a teoria furtadiana), uma Lei poderia ser editada para impedir ou superar eventual acesso desigual à tecnologia por atores do mercado nacional. Mais uma vez, porém, ter-se-ia uma legislação favorável, e não contrária à incorporação tecnológica e seu uso cotidiano.

Contudo, o caso das plataformas tecnológicas que analiso aqui já apresenta *um potencial para distribuição homogênea entre os agentes econômicos que atuam no mercado nacional*.

No aspecto econômico não há grandes entraves para que novas empresas surjam, como efetivamente surgiram, oferecendo um tipo de serviço tecnológico a unir duas “pontas” da economia. É possível cogitar, inclusive, de os próprios prestadores autônomos organizarem-se em torno do mesmo modelo operacional e utilizarem um sistema on-line próprio, ou imaginar até mesmo que o Poder Público ofereça tecnologia em favor de determinado setor, como ocorreu no já referido caso do aplicativo “SP Taxi”.

Não há, aqui, elevadas barreiras tecnológicas (como patentes que impeçam o uso da tecnologia, ou custos excessivamente elevados só acessíveis a grandes conglomerados empresariais que deles se utilizam para obterem posições de vantagem indevida no mercado).

Seguindo esse raciocínio, retoma-se aqui a já citada doutrina de Celso Furtado que ressalta a importância da “assimilação de novas técnicas” para o desenvolvimento e “melhoria do bem-estar geral da população”⁵⁰.

No caso presente, o momento é para comemorar a arrancada tecnológica que propicia melhorias de mobilidade (app's de transporte de

⁴⁹ FURTADO, Celso. *Não à recessão e ao desemprego*. São Paulo: Paz e terra, 1983. (Coleção Estudos Brasileiros), p. 83.

⁵⁰ FURTADO, Celso. O subdesenvolvimento Revisitado. In: D'AGUIAR, Rosa Freire (Org.). *Celso Furtado Essencial*. São Paulo: Penguin Clássicos Companhia das Letas, 2013, p. 251-275.

passageiros), de produtividade (moto-frete), de distribuição de bens (plataformas de compras on-line) de bens e bem-estar à sociedade, além de beneficiar profissionalmente os atores envolvidos na prestação material do serviço.

O processo de inovação tecnológica é fundamental para a renovação de elementos ultrapassados, impelindo a adaptação e o dinamismo que germinam melhorias socioeconômicas. Não é admissível, no Estado brasileiro, que medidas estatais, restritivas ao uso de aplicativos em certos segmentos, tentem brechar o crescimento de setores tecnológicos e, mais importante do que isso, o desenvolvimento geral.

Não se permite à legislação afrontar uma norma constitucional para criar uma proibição parcial à livre iniciativa, vedando-a quando se tratar de iniciativa tecnológica. Também não se permite à legislação petrificar o estágio pré-tecnológico (e pretérito) de um setor inteiro, para ele arrastar toda a sociedade, e festejar a nulificação do ingresso benéfico de novas tecnologias.

Permite-se apenas que o Estado restrinja a atividade econômica, por meio da exigência de condições que entenda serem necessárias ao pleno ou adequado funcionamento do setor. Tais exigências precisam ser racionais e constitucionalmente adequadas.

As atividades empresariais de exploração tecnológica enquadram-se no aspecto tradicional dos direitos constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (*cf.*, e.g., arts. 1º, IV; 170, *caput* e inciso IV da CB). Destacarei, contudo, este último tema (concorrencial), para fins de propiciar sua melhor compreensão, e o explicitarei logo a seguir em item próprio. Ficaremos, aqui, com o tema igualmente verticalizado da *livre iniciativa tecnológica*.

O “mercado tecnológico” *lato sensu*, incluindo o uso *on-line* de *softwares*, encontra-se aberto⁵¹ a todo agente econômico privado que pretenda nele empreender de maneira regular e em atividade lícita. Temos, aqui, uma premissa independente da opção constitucional por assimilar expressamente a tecnologia como elemento inerente ao desenvolvimento nacional. Ou seja, a esta proteção tecnológica soma-se a proteção da livre iniciativa.

⁵¹ Menciono, aqui, abertura protegida constitucionalmente.

Os empreendedores fazem uso da livre iniciativa econômica, engendrando empresas regularmente constituídas, a fim de explorar um mercado lícito e aberto à atividade econômica privada (posto que não constitui nem setor criminoso ou ilegal nem setor afetado ao regime de serviço público ou sob o domínio da iniciativa estatal).

A livre iniciativa, preceito constitucional estabelecido de forma ampla nos artigos 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição do Brasil, garante a prerrogativa de os agentes econômicos privados iniciarem atividades empresariais de acordo com sua escolha, bem como o direito de nessas escolhas permanecerem, podendo produzir, fixar preços e estabelecer contratos, com clientes, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores e interessados em geral, suportando integralmente os riscos daí advindos⁵². Nenhum agente econômico pode ser forçado pelo Estado a transferir-se de seu ramo de atividade.

Essa liberdade, por certo, não é absoluta, mas condicionada ao respeito integral à Constituição do Brasil, especialmente à Constituição econômica. Lembrando-se de que Ordem Econômica na Constituição de 1988 não pode ser vista como um nicho normativo isolado das demais disposições, conforme já assentei em outra oportunidade: a “Constituição econômica é afetada pelas demais normas constitucionais e também as afeta, de certa maneira.”⁵³. Assim, admitem-se, em tese, restrições legais à livre iniciativa.

Eventuais restrições devem igualmente se pautar pelo respeito à Constituição do Brasil, em sua integralidade, sob pena de gerarem inconstitucionalidade, diante de vedação a atividade econômica legítima, vedação que será, nessa hipótese, fundada em mera arbitrariedade do Poder Público.

Deve-se tratar a matéria com especial cuidado pois, por mais que não se possa endossar um individualismo exacerbado na exegese de normas voltadas à economia, promovendo um mercado não só livre, mas também descontrolado (sem leis), também não está franqueado ao Estado, mesmo quando se trata do Poder Legislativo, a completa extirpação de uma espécie de atividade econômica, *pela via transversa de proibir*

⁵² Sobre a amplitude de livre-iniciativa cf. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Método/Forense, 2011, p. 235-7.

⁵³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Método/Forense, 2011, p. 81.

um modal econômico, afetando todas as empresas do setor, por mero capricho da vontade estatal.

A Constituição do Brasil admite medidas desse teor proibitivo apenas em casos excepcionais, em situações completamente distintas – diria mesmo em situações opostas às plataformas tecnológicas aqui tratadas, posto que para estes casos temos a Constituição estimulando explicitamente o incremento tecnológico na economia -, como na proibição direta de atividade nuclear para fins bélicos (art. 21, XXIII, “a” da CB) e na proibição igualmente direta de tráfico de drogas ilícitas (art. 5º, XLIII da CB).

Não importa, para este artigo, avaliar as motivações específicas dessas proibições de atividade econômica, pois a referência serve-nos para demonstrar e comprovar a excepcionalidade constitucional desse tipo de proibição.

Assim, salvo hipóteses excepcionais constitucionalmente admitidas, cabe ao legislador ordinário apenas *disciplinar* as atividades econômicas, e não eliminar atividades e setores econômicos. Mesmo na “mera” disciplina, porém, essa atividade legislativa regular deve se desenvolver com vistas a cumprir os preceitos da Constituição do Brasil.

A iniciativa econômica privada é lícita no Brasil por estarmos inseridos em uma economia de mercado capitalista e garantida a propriedade privada dos chamados meios de produção. É o que ocorre com a maior parte das atividades sob o manto da atual Constituição, embora o mercado seja, como bem alerta o festejado jurista alemão Peter Häberle, “instituído”, quer dizer, “estruturado, funcionalizado e disciplinado normativamente”⁵⁴.

Não devemos nem tratar nem aceitar o mercado como uma categoria natural, uma realidade inevitável e insuperável, universalizante e sobre a qual só nos restaria cumprir seus caprichos. Pelo contrário, na senda do mesmo jurista, devemos ter, por certo, que o mercado varia, em sua intensidade e em seu modelo exato, e varia no tempo e no espaço, “de nação em nação”⁵⁵. Essa variação é estruturada pelo Direito de cada país. E, no Brasil, a iniciativa econômica qualificada pela tecnologia é não apenas lícita, mas também especialmente tutelada.

⁵⁴ Häberle, Peter. *Nove Ensaios Constitucionais e uma Aula de Jubileu*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 86.

Atividade econômica inovadora no limite da livre-concorrência

Na falta de Lei e na ausência de restrições de ordem constitucional, como sabemos, vigora a livre iniciativa em seu sentido mais pleno.

Ficou demonstrado, ainda, que as empresas do setor de tecnologia, como as de qualquer segmento empresarial, são, em regra, estabelecidas regularmente e de acordo com exigências normativas cabíveis à sua *forma empresarial* e à sua *atividade*.

Cabe, sempre, ao Poder Legislativo, discutir se a regulamentação existente em ambos os setores é adequada e suficiente, atualizada e eficaz aos objetivos pretendidos. Todavia, a mera proibição, é medida completamente descabida, como demonstrei anteriormente neste artigo, e não atende a nenhuma preocupação concorrencial. Insisto no ponto, pois o deslocamento ocorre exatamente por absoluta ausência de barreiras à entrada de novos atores econômicos.

É fruto de um tipo de ilusionismo jurídico pretender sustentar a existência de qualquer prática anticoncorrencial (como abuso de poder dominante, manipulação ou ajuste de preços, vedação ao acesso de novas empresas a mercado⁵⁶) apenas pelo desenvolvimento e uso de uma tecnologia. Uma coisa não leva à outra e as supostas conexões precisariam ser elucidadas e não pressupostas.

Ademais, há confusão generalizada em termos de concorrência. Assim, as empresas de tecnologia nem sempre são concorrentes diretas de outros setores correlatos. Por exemplo, as empresas de plataformas tecnológicas de transporte de encomendas não são necessariamente concorrentes das transportadoras ou empresas de transporte propriamente dito. O mesmo ocorre com as empresas de serviços de transporte privado individual remunerado de passageiros relativamente às empresas de tecnologia que promovem esse setor.

A situação é de fácil assimilação. Utilizarei, porém, dois exemplos para melhor ilustrar esta análise concorrencial. Quando instituições de ensino superior - IES – atuam no “mercado educacional”, assim definido pelo CADE, por meio de plataformas *on-line* de ensino, temos o *próprio prestador* do serviço de educação promovendo seu incremen-

⁵⁶ Todas definidas no artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, norma que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

to, ao se *apropriar* de tecnologia capaz de disseminar seus serviços para além das fronteiras ou limites geográficos tradicionais. Nesse caso é inquestionável que temos as próprias plataformas tecnológicas concorrendo diretamente no mercado primário em questão, que é o educacional (e não no mercado tecnológico, como ocorre nos casos analisados nesta obra). Mesmo assim, o CADE identificou esse mercado como *próprio*, ou seja, o mercado do EAD (ensino à distância) difere do mercado “tradicional” de ensino⁵⁷.

Outra é a situação, por exemplo, de portais que unem compradores e vendedores, sejam profissionais ou não, como o conhecido site de compras *e-bay* e, em modelo sensivelmente diverso, reunindo, dentre outros, grandes fornecedores e grandes revendedores, o Alibaba (que se autodenomina uma plataforma mundial para o comércio). Esses casos servem para melhor compreender a posição jurídico-concorrencial também ocupada pelas empresas de plataformas tecnológicas que provêm a intermediação de bens e serviços. Não há concorrência propriamente dita entre esses portais com os agentes econômicos que vendem seus produtos ou prestam os serviços, mas sim potencialização da atividade desses mesmos agentes que estão atuando no mercado. O portal ou a plataforma atua ao lado de uma grande parcela dos agentes econômicos existentes, e não em posicionamento concorrencial.

Para sabermos se as empresas de tecnologia que viabilizam as plataformas impactam o mesmo mercado no qual operam as empresas dos ramos de transportes ou comércio de produtos, por exemplo, não bastam conjecturas. É necessário realizar um *estudo empírico*, como já definiu o CADE⁵⁸. Nesse estudo, identificou-se que a plataforma UBER, no período avaliado, não se inseria no mesmo mercado relevante dos taxis porta-a-porta, pois a tecnologia havia cativado principalmente novos consumidores que não se utilizavam dessa modalidade de taxi.

Adoto, porém, aqui, o entendimento mais restritivo de que mesmo não sendo concorrente direta, essas empresas puras de tecnologia são

⁵⁷ É o que se verifica, *v.g.*, no Ato de Concentração nº 08012.003886/2011-87.

⁵⁸ CADE: Departamento de Estudos Econômicos, CADE: Departamento de Estudos Econômicos. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta* (Documentos de Trabalho 003/2015). Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>. Acesso em: 18.06.2018.

capazes de impactar os mercados tradicionais, apenas para podermos entender, uma vez mais, como essas preocupações podem ser equacionadas legislativamente e como não podem.

Ainda assim, quer dizer, mesmo adotando a premissa equivocada da concorrência desleal, devemos entrar em uma discussão regulatória do setor, jamais em uma proibição genérica do uso de tecnologia no setor.

Uma proibição genérica e absoluta para combater uma (no caso inexistente) concorrência desleal, é mecanismo espúrio ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Neste o que se admite é a restrição do respectivo agente econômico privado do setor econômico no qual supostamente gera a concorrência desleal.

Considerando, como aliás pressupunha o próprio Adam Smith em sua mais célebre obra⁵⁹, que nem sempre o mercado atuará em condições perfeitas de concorrência, a solução de proibir toda tecnologia poderia ser facilmente ampliada para todas as situações de desequilíbrio, independentemente do problema tecnológico, o que, se aplicado de maneira linear e rigorosa, conduziria o Brasil à eliminação por completo de todos setores econômicos.

A função constitucional da defesa concorrência é a promoção de um mercado competitivo que leve ao aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços, e redução de preços ao consumidor, impedindo “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º da CB). Esse aprimoramento, como visto, decorre das novas tecnologias.

Essas finalidades constitucionais da livre concorrência devem ser compreendidas em conjunto com a já enunciada finalidade constitucional de promoção do desenvolvimento socioeconômico (artigos 3º, III; 5º, XXIX; 21, IX; 23, parágrafo único; 24, IX; 43; 48, IV; 151, I; 159, I, c; 163, VII; 174, I; 180; 182; 192; 200, V; 216-A, *caput*; 218, § 2º; 219; 219-A e 239, § 1º). A dispersão dos referidos artigos por todo o texto constitucional ressalta a unidade da função do Estado no desenvolvimento socioe-

⁵⁹ SMITH, Adam. *Inquérito Sobre a Natureza e a Causa da Riqueza das Nações*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, v. I.

conômico em diversas áreas de sua atuação, que o impele a promover um crescimento econômico aliado à melhoria das condições de vida da população⁶⁰.

Assim, a atitude empresarial de promover uma incorporação tecnológica apta a aprimorar os serviços prestados, não pode ser taxada de atentatória à livre-concorrência, nem mesmo associada a práticas que se valem de ardis para excluir a competição e dominar o mercado. Pelo contrário, o avanço tecnológico em prol de uma boa prestação de serviços e de preços competitivos, com potencial benefício ao consumidor e à sociedade, é uma das vertentes finalísticas que animam o sistema constitucional e de defesa da concorrência.

Conclusões

A intermediação econômica entabulada por meio de plataformas tecnológicas é um fenômeno que, no Brasil, não pode ser compreendido de forma apartada do modelo constitucional de desenvolvimento socioeconômico. Neste modelo a incorporação da tecnologia assume um papel central na reversão das estruturas arcaicas do subdesenvolvimento.

Os direitos e a situações envolvendo o desenvolvimento tecnológico do país atendem a padrões constitucionais que exigem uma coerência dos sistemas público e privado de desenvolvimento tecnológico, em benefício da difusão tecnológica e fomento ao mercado interno.

Essas mesmas linhas constitucionais não permitem a repressão desmotivada de atividades lícitas e com alta relevância na criação de emprego e apropriação tecnológica como são as plataformas tecnológicas que intermediam ou facilitam negócios.

Perante o Direito brasileiro em vigor, as empresas que atuam na área da tecnologia, a partir de um portal on-line, não concorrem diretamente com as empresas de bens e serviços nos setores de negócios por elas intermediados, inexistindo, *prima facie*, concorrência, sendo incabível imaginar eventual desleal somente pelo uso de tecnologia avançada,

⁶⁰ Sobre o sentido do desenvolvimento econômico que não é limitado ao crescimento *cf.* Tavares, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/Método, 2011, p. 132-3.

que pode ser desenvolvida por qualquer particular dentro dos limites da propriedade intelectual.

Reitero, em complemento desta síntese conclusiva, que não se pode vedar por completo uma tecnologia cuja aplicação surge como um resultado “saudável” da evolução de empresas em ambiente de livre concorrência, identificada com o aumento da eficiência, segurança e bem-estar em geral, pela incorporação de inovação tecnológica.

Referências bibliográficas

AUGEY, Dominique. “Les Mystères de L’Innovation: le regard contemporain de l’économie et de la gestion”, In: MESTRE Jacques; MERLAND, Laure (dir.), *Droit et Innovation*, Aux-En-Provence (França): Presses Universitaires d’Aux-Marseille, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CADE: Departamento de Estudos Econômicos. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta* (Documentos de Trabalho 003/2015). Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf> >. Acesso em: 18.06.2018.

CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. (Trad. Roneide Venâncio Majer), v. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico: obras completas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DAVARA RODRIGUES, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

DAVOUT, Nicole. "La Fiscalité de L'Innovation". In: MESTRE, Jacques, MERLAND, Laure (Coord.). *Droit et Innovation*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aux-Marseille, 2013.

FERRY, Luc. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. (Trad. Vera Lúcia dos Reis). Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

FURTADO, Celso. *O subdesenvolvimento revisitado*. In: Celso Furtado essencial. D' AGUIAR, Rosa Freire (Org.). São Paulo: Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013.

_____. *Não à recessão e ao desemprego*. São Paulo: Paz e terra, 1983. (Coleção Estudos Brasileiros).

_____. *Development and underdevelopment: a structural view of the problems of developed & underdeveloped Countries*. Berkley/ Los Angeles: University of California Press, 1967.

GUIBOURG, Ricardo A. *Sobre la técnica en el derecho, in Informática jurídica decisória*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1993.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUNG, Carl G. "Chegando ao inconsciente". In: *O homem e seus símbolos*. 5. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Nove Ensaios Constitucionais e uma Aula de Jubileu*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HENRY, Guillaume. *Technologies Vertes et propriété intellectuelle: brevets, marques et écolabels: green tech and IP rights*. Paris: LexisNexis, 2013.

KRAEMER, Kenneth; LINDEN, Greg; DEDRICK, Jason. Capturing value in *Global Networks: Apple's iPad and iPhone*, University of California, Irvine, University of California, Berkeley, y Syracuse University, NY. v. 15, 2011. Disponível em: <http://pcic.merage.uci.edu/papers/2011/value_ipad_iphone.pdf> . Acesso em: 01.06.2018.

MANDEL, Michael; LONG, Elliott. *A Economia de Aplicativos no Brasil*. Washington (DC): Progressive Policy Institute (PPI), 2017. Disponível em: <http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2017/02/PPI_BrazilAppEconomy_PT_V2_AW.pdf> , acesso em: 01.06.2018.

PORTER, Michael E. *The Advantage of Nations*. New York, London, Toronto, Sidney, Tokyo, Singapore: The Free Press, 1990.

RACANELLO, Mário; ROUGE, Marcelo Norberto. "Aldo Ferrer: hacedor de ideas y políticas tecnológicas", In: DEL VALLE DEL CARMEN, María; JASSO, Javier; Núñez, Ismael (Coords.), *Ciencia, Tecnología, Innovación y Desarrollo: el pensamiento latinoamericano*, Madrid, FCE/UNAN, 2016.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e a causa da riqueza das nações*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1999, v. I.

TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito Econômico Diretivo: percursos das propostas transformativas*. São Paulo, 2014.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. "Ciência e Tecnologia na Constituição", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 175, jul/set. 2007.

TOUBOL, Frédérique. *El Software: análisis jurídico*. (Trad. MUISSET DE ESPANÉS, Luis). Buenos Aires: Zavalia, 1990.

André Ramos Tavares - Professor Titular da Faculdade de Direito da USP - Largo de São Francisco, Professor Permanente dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Professor-Pesquisador das Faculdades Alfa (Alves Faria) - GO, Coordenador da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (Qualis B2), foi Pró-Reitor de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUC-SP (2008-2012), foi Diretor da Escola Judiciária Eleitoral Nacional - TSE (2010-2012).

Direitos fundamentais e interesses difusos: inviolabilidade de comunicações telefônicas e princípio da livre concorrência

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Resumo: Deve ser aceita gravação telefônica como prova para a condenação de agente econômico e seus prepostos pela prática de condutas anticompetitivas¹. E os direitos e garantias individuais, como a inviolabilidade das comunicações e a privacidade, tem caráter absoluto? O texto analisa princípios como o da convivência das liberdades e o da proporcionalidade, além de técnicas como a da ponderação de bens e da concordância prática ou harmonização, para enfrentar conflito aparente entre, de um lado, o direito à intimidade e a inviolabilidade das comunicações, e, de outro, o ditame da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência. Como a lei não veda a gravação telefônica, somente a interceptação não autorizada, consoante o princípio da reserva legal, a prova obtida por meio de gravação telefônica poderá ser admitida, contudo, a análise de sua aceitabilidade se opera casuisticamente. A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não afronta a Constituição Federal. A divergência está relacionada à sua divulgação. Isto é, configura justa causa, na divulgação de gravações telefônicas, quando forem realizadas para repelir grave ameaça a direito de quem as comunicou ao Estado? A comunicação de delito às autoridades denota exercício regular de direito? E a solicitação de abertura de inquérito policial pode ser considerada mero ato informativo, destinado à obtenção de dados referentes à suposta conduta delituosa? Quanto à prova emprestada, o STF já decidiu que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas, e em escutas ambientais, podem ser usados em procedimento administrativo, além do penal, desde que contra as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

Palavras-chave: Garantias fundamentais. Inviolabilidade das comunicações. Princípio da proporcionalidade. Livre concorrência. Interesses difusos.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND DIFFUSE INTERESTS: TELEPHONE COMMUNICATIONS INVIOABILITY AND THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION

Abstract: Should telephone recording be accepted as evidence for the sanction of an economic agent and his/her managers for the practice of anticompetitive conduct? And are individual rights and guarantees, such as the inviolability of communications and privacy, absolute? The text analyzes principles like the coexistence and proportionality, as well as techniques such as the weighting and harmonization, to face apparent conflict between, on the one hand, the right to privacy and the inviolability of communications, and, on the other, the dictates of free enterprise

¹ Lei nº 12.529/11.

and the principle of free competition. As the law does not prohibit telephone recording, only unauthorized interception, according to the principle of legal reserve, the evidence obtained by means of telephone recording may be admitted. However, the analysis of its acceptability operates casuistically. The recording of a telephone conversation by one of the interlocutors does not violate the Federal Constitution. The divergence is related to its disclosure. That is, is it just cause, in the disclosure of telephone recordings, when they are carried out to repel a serious threat to the right of those who communicated them to the State? Does the communication of offense to the authorities indicate a regular exercise of rights? And can the request for the opening of a police investigation be considered merely an informational act, aimed at obtaining data concerning the alleged criminal conduct? As for the use of evidence, the Supreme Court has already decided that data obtained by interception of telephone communications, judicially authorized, and in environmental tapping, may be used in administrative proceedings, in addition to criminal ones, if against the same persons for whom they were collected.

Keywords: Fundamental guarantees. Inviolability of communications. Principle of proportionality. Free competition. Diffuse interests.

Introdução

A questão relativa à aceitação de gravação telefônica como prova para a condenação de agente econômico pela prática do ilícito de cartel é de relevância crucial para o presente e o futuro da atuação estatal na repressão de ilícitos concorrenciais.

A Carta da República em seu artigo 5º, inciso XII prevê ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Não é um tema fácil. Sua complexidade se mostra, inicialmente, no simples fato de haver *vacatio legis* quanto à gravação de conversa telefônica. Não bastasse isso, não se pode afirmar estar consolidada a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros quanto à questão, tampouco a doutrina.

É certo que vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que os fins não justificam os meios. Assim, a admissão de provas obtidas com violação às normas legais em vigor simbolizaria estarmos em um Estado opressor, totalitário e policialesco, não num Estado Democrático de Direito.

Não é outro, aliás, o comando do artigo 5º, inciso LVI da Carta Política que estipula que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Contudo, é preciso termos presente que, enquanto a questão envolver tema referente ao princípio da livre concorrência, estaremos cuidando de salvaguardar interesse difuso, do qual é destinatária e beneficiária toda a coletividade².

Assim, os postulados do direito penal e processual penal devem ser absorvidos *cum grano salis*, especialmente quando se tratar de processo administrativo em matéria de defesa da ordem econômica que possui características mais de um processo objetivo do que subjetivo. Ou seja, *mutatis mutandis*, é ele caracterizado como um processo em que somente existem partes em sentido formal e não existe lide a ser defendida, mas sim o objetivo geral de defender a livre concorrência e, em última análise, a ordem econômica. Ademais, é um processo destinado a resguardar interesses de pessoas que não estão diretamente envolvidas na relação processual.

Garcia de Enterría³, analisando as origens da Justiça administrativa francesa, examinou a concepção do processo objetivo, formulada dentro da teoria administrativista, afirmando ter sido a grande obra histórica do *Conseil d'État* francês, com a grande concepção do *excès de pouvoir*.

Esse recurso de excesso de poder ou de anulação, considerado como um recurso objetivo ou da legalidade, sem partes propriamente ditas (o interesse do recorrente de alegar seria um simples requisito de seriedade para por em marcha os poderes de ofício do juiz administrativo, parte da Administração), um verdadeiro “processo ao ato” e não de tutela de direitos, puramente declarativo, cujas consequências somente à Administração tocariam extrair.

Outro traço marcante de um processo objetivo, em especial quanto ao que dispõem as normas pátrias, é a indisponibilidade. Assim, não poderá o interessado que dê início ao processo, dele renunciar. Ou melhor, essa possibilidade de renúncia há, contudo, tal ato seria inócuo e desprovido de qualquer efeito. Isto porque se trata da defesa da ordem econômica enquanto necessidade pública, não permitindo qualquer juízo de disponibilidade.

Não obstante, e em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores e com a doutrina, a complexa questão aqui posta deve ser

² Artigo 170, IV, da Constituição Federal.

³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992, pg. 86.

analisada, como já dito, casuisticamente, ou seja, considerando as peculiaridades e idiosincrasias de cada caso concreto.

A questão da prova nos ilícitos antitruste

É reconhecida a dificuldade para produzir provas em casos de ilícitos antitruste em que, no mais das vezes, se está cuidando de condutas concertadas que denotam coordenação de posições e ações.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, uma das referências internacionais em temas de concorrência e antitruste, publicou em junho de 2007 documento⁴ em que afirma que,

A parte mais importante de um caso de cartel é simplesmente provar que tal acordo existiu. Contudo, obter evidência direta de um acordo de cartel pode ser difícil. Operadores de cartel trabalham em segredo e frequentemente não cooperam com investigadores. Em tais situações, evidência circunstancial pode desempenhar um importante papel em provar o acordo.⁵

Normalmente, em casos desta espécie, a gravação de conversa é o único meio à disposição do Estado para a obtenção de prova direta.

Assim, dadas as peculiaridades de condutas desta espécie em que os acertos são feitos em conversas secretas, em reuniões *en petit comité* e com interlocutores com interesses convergentes, em comunicações telefônicas muitas vezes cifradas, jamais por meio de cartas, memorandos, convocações de reuniões com pauta pré-estabelecida, reuniões com grande número de participantes e/ou com participantes com interesses divergentes ou, ao menos, diversos; não há para o Estado muitas opções para constituir prova com o fim de combater tais ilícitos.

Com isto, enfatize-se, não significa dizer que no antitruste poderão ser aceitas provas ilícitas ou ilegítimas, indicando grave retrocesso.

⁴ "Processando Cartéis sem Evidência Direta de Acordo" - *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement. Policy Brief. Document n° DAF/COMP/GF(2006)7. Organization for Economic Co-operation and Development - OECD. June 2007.* Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>>.

⁵ *The most important part of a cartel case is simply proving that such an agreement existed. But getting direct evidence of a cartel agreement can be difficult. Cartel operators work in secret and often do not co-operate with investigators. In these circumstances, circumstantial evidence can play an important role in proving the agreement.*

A livre concorrência como interesse difuso e princípio constitucional

Os interesses difusos são considerados direitos de terceira geração, cuja garantia e efetividade pressupõem destinatários disseminados.

Neste contexto, os temas sujeitos à jurisdição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE envolvem valores que ultrapassam a esfera dos interesses particulares, abrangendo pretensões de caráter transindividual e indivisíveis.

Mancuso⁶ sustenta que a evolução na concepção do processo não somente denota como prioriza o elemento social na aplicação do direito, presumindo um inevitável deslocamento conceitual quanto à percepção de sua finalidade contemporânea.

Não se deve desconsiderar, portanto, que aqui estamos tratando de interesses plurissubjetivos, cujas características peculiares demandam uma análise dos postulados instrumentais à disposição dos operadores do direito. O processo foi concebido para a tutela de situações jurídicas individuais, restando deslocado quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais. Neste sentido, alguns autores defendem uma “adaptação criativa” do arsenal processual existente às novas exigências surgidas como o acesso à Justiça dos interesses superindividuais.

Em se tratando de interesses difusos, que ultrapassam a esfera do indivíduo isoladamente considerado, a interpretação dos direitos e garantias fundamentais deve ser feita com certos temperamentos. Do contrário, por um apego excessivo aos cânones tradicionais, esses interesses, que não podem ter um dono, restarão marginalizados.

Ainda, segundo Mancuso⁷, citando Vigoriti e Cappelletti, as garantias individuais do *due process of law* (especialmente as referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) não de ser vistas sob a ótica das garantias de índole coletiva, consentâneas com a natureza e finalidade dessas novas exigências sociais.

Diante disso, duas alternativas se abrem: ou se fica adstrito à conotação tradicional desses princípios ou se lhes dá uma interpretação aberta, progressista, em ordem a tornar possível a tutela desses interesses. Trata-se, então, de indicar sucedâneos, a par de conferir interpretação

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 236-251.

⁷ *Op. cit.*, p. 240.

elástica, entre outros, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, adaptando-os às novas exigências de uma sociedade cada vez mais postulante e reivindicadora da intervenção estatal.

Trazendo a questão à hipótese em exame, vale citar o voto do eminente ministro Carlos Velloso no Habeas Corpus nº 75.338-8⁸, que, acompanhando o relator e a maioria dos ministros do STF pelo indeferimento do pedido, assim se manifestou,

No caso, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, XII. Em voto no, Inquérito 65 – caso ‘Magri’ – sustentei que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa. Em certos casos, essa gravação pode ferir princípios éticos. Isto não ocorre, entretanto, na gravação da conversa em que um dos interlocutores, por exemplo, chantageia o outro, faz propostas ilícitas ao outro, solicita vantagem ilícita, etc. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente.

Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição.

Deve ser entendido que o direito à intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante dos interesses público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.

Bem ressaltou o Senhor Ministro-Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime. Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade.

O julgador fazia menção à relação entre os direitos individuais e os sociais e coletivos.

O que dizer então quando estamos tratando de interesses difusos, assim entendidos aqueles que ultrapassam a esfera individual e até mesmo a coletiva?

⁸ Supremo Tribunal Federal. HC 75338 - RJ. Relator: Min. Nelson Jobim. Tribunal Pleno. Data de publicação no DJ: 25/09/98.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 23.452/RJ⁹, o Supremo Tribunal Federal orientou que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”:

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A teoria das restrições aos direitos fundamentais

A necessidade de limitação do espaço de proteção dos direitos fundamentais já não encontra mais resistências na doutrina, uma vez que incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta condição decorre do próprio conteúdo aberto e variável das liberdades individuais que, para sua concretude, exige o exercício do direito no plano fático e concreto. Aí então se pode comprovar que em determinadas situações a Constituição protege da mesma forma dois valores ou bens, mas, quando tomados em sentido absoluto, conduzem a um dever-ser conflitante. A restrição dos direitos, examinados pela ótica de uma convivência social de cunho contratualista, visa permitir tanto a oportunidade do exercício de direitos fundamentais colidentes, como a preservação de um bem jurídico coletivo ou estatal assegurado pela Constituição¹⁰.

Para a preservação do sistema constitucional, as restrições têm arrimo nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

⁹ MANDADO DE SEGURANÇA 23452 – RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de publicação no DJ: 12/05/2000.

¹⁰ PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições*. Apud <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf> (visitado em 29/06/2008).

Por outro lado, a chamada teoria interna desconsidera a idéia de cisão entre o direito e suas restrições, concebendo esta relação em consonância com um conteúdo determinado. Com esta premissa, a liberdade jurídica genérica, entendida a partir de princípios jusfundamentais, é que comporta limitações, ou seja, uma determinada posição jurídica *prima facie* apresenta, em si, restrições imanentes.

Admite-se, então, restringir a liberdade abstrata, mas não posições definitivas, considerando o processo de ponderação dos princípios, a fim de impedir situações absolutas incompatíveis com as aspirações comunitárias.

Tal preocupação é manifestada por Robert Alexy¹¹, quando afirma que “se se parte do modelo de princípios, então se restringe não só um bem protegido das normas de direito fundamental senão um direito *prima facie* garantido por normas jusfundamentais. Portanto, no modelo dos princípios, o discurso das restrições dos direitos fundamentais é correto”.

Segundo a teoria interna, a restrição ocorre quando um direito fundamental ou uma posição jurídica, à primeira vista, têm vigência comum com uma não-liberdade ou um não-direito definitivo, de igual conteúdo.

As chamadas restrições diretamente constitucionais, por exemplo, impõem fronteiras às liberdades individuais formuladas expressa ou tacitamente na própria Constituição, convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo.

Destarte, as restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Aplica-se então a máxima da proporcionalidade ou a proibição do excesso. Isso significa que qualquer limitação feita por lei aos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

Assim, a doutrina dos direitos fundamentais aboliu a possibilidade de supremacia absoluta do catálogo de liberdades, por conta da inevitável colisão de interesses particulares (direitos subjetivos), além da necessidade de preservação de valores jurídicos comunitários que em condições muito peculiares se sobrepõem e limitam o livre agir individual. Assim, as restrições aos direitos fundamentais são admitidas desde que encontrem justificativas, explícita ou implicitamente, na Constitui-

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ção. Devem ainda ser limitadas na justa medida para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos.

Ao estudar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Mendes¹², citando Pieroth e Schlink, afirma não ser raro que a definição do âmbito de proteção de determinado direito dependa de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais.

Para o jurista, “muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito”.

Ainda consoante Mendes¹³, para se definir o âmbito de proteção é preciso proceder à análise da norma constitucional garantidora de direitos com o intuito de:

1. Identificar os bens protegidos e a amplitude de tal proteção;
2. Verificar as possíveis restrições expressamente determinadas no texto constitucional e definir as reservas legais de índole restritiva¹⁴.

Assim, o âmbito de proteção de um direito seria o ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Neste contexto, dentre outros temas controversos estaria a da amplitude de proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Para autor, “a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico”.¹⁵

A teoria da proporcionalidade

Em situações de difícil solução, denominadas de *hard cases* por Dworkin¹⁶, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado. Ao aplicar a técnica da ponderação de bens, também considerada a concordân-

¹² MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p. 212.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 212-213.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2008.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 213.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard University Press. 1978.

cia prática ou harmonização, chega-se à harmonização, ou realização máxima de valores constitucionais imbricados.

A propósito, quando princípios constitucionais entram em conflito, a moderna doutrina, inspirada no direito alemão, utiliza o princípio da proporcionalidade, de molde a solucionar a controvérsia.

Isso porque os princípios, por serem normas fundamentais, não podem ser excluídos do sistema, mas apenas afastados em uma situação concreta. Continuam, portanto, dentro do ordenamento jurídico. A incidência dos princípios não pode ser posta em termos radicais, de validade ou invalidade, devendo-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.¹⁷

Para Alexy¹⁸, “quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio deslocado, nem que no princípio deslocado se tenha que introduzir uma cláusula de exceção”.

De fato, o que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, contudo, a questão da precedência poderá ser solucionada de maneira inversa.

A corrente doutrinária que advoga a teoria da proporcionalidade entende que a prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial.

Porém, há uma exceção: quando a vedação é amainada para acolher a prova contaminada, excepcionalmente e em casos extremamente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.¹⁹

Nery Júnior²⁰ entende que não devam ser aceitos os extremos, nem a negativa peremptória de se emprestar validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva.

¹⁷ ROCHA, Andréa Presas. *A admissão da prova ilícita como único meio de garantia de direitos fundamentais*. Apud http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=403 (visitado em 29/06/2008).

¹⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*

¹⁹ BARBOSA, José Olindo Gil. *As Provas Ilícitas no Processo Brasileiro*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS.pdf>>. Acessado em: 23/06/2008.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Proibição da Prova Ilícita*. 4. ed. São Paulo, 1997.

Para o autor, “a propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”.

Também Moniz de Aragão²¹ recomenda a aplicação da teoria da proporcionalidade, pois para ele “não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”.

Contudo, adverte o jurista que essa orientação deve se subordinar à ressalva de o método empregado na obtenção da prova ser moralmente legítimo, isto é, justificar-se perante as regras morais aceitas à época e no meio em que os fatos se passaram, pois, é irrecusável que o conceito de meios “moralmente” legítimos varia no tempo e no espaço; trata-se de um parâmetro que o intérprete da lei (máxime o julgador), subordinará a padrões jurídicos, filosóficos, políticos, etc.

Não se pode olvidar, contudo, a possibilidade de consequências negativas da aplicação leviana do princípio da proporcionalidade na sociedade. Assim, a aplicação desse princípio insere, em si, uma gama de subjetivismo, podendo, de acordo com este subjetivismo, trazer perigos para a garantia da lisura plena das provas trazidas ao processo, e a proteção necessária da dignidade e do livre desdobramento da personalidade humana.

Por Isso, apesar da utilização do princípio da proporcionalidade como um sistema eficaz e necessário para a obtenção e salvaguarda do equilíbrio entre valores fundamentais em conflito, somente se deve aplicá-lo em situações concretas extraordinárias, nas quais é imprescindível a obtenção de meios de prova que possam contrapor, eventualmente, o direito geral de personalidade de outrem.²²

Com relação ao subjetivismo do juiz, Barbosa Moreira²³ aponta que não se deve perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, ‘mulher honesta’ ou de ‘interesse público’.

²¹ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Prova ilegalmente obtida. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 31, p. 21-29. Apud FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 195.

²² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 205, p. 11-22, jul/set/1996.

Para ele, “somente a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto se afigura capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”.²⁴

Por fim, importante citar *decisum* do Superior Tribunal de Justiça²⁵ que acentuou a relatividade dos direitos contemplados no Texto Constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, referindo-se ao “substrato ético” que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis, cujo excerto da ementa lê:

Escuta Telefônica com ordem judicial. O inciso do artigo 5º da Constituição que dispõe que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal, que é dirigente e programática, oferece ao juiz pela ‘atualização constitucional’ base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.

Assim, tem-se, de um lado, o direito à intimidade do interlocutor insciente, e o seu corolário da inviolabilidade das comunicações telefônicas, e, do outro, os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência daquele que realizou as gravações. Deve-se, então, perquirir:

1. A proteção aos direitos à livre iniciativa e à livre concorrência justifica a utilização da gravação telefônica, e, portanto, a quebra do direito à intimidade do interlocutor insciente?
2. Esse era o único meio de que dispunha aquele que realizou as gravações para fins de buscar guarida do Estado visando à proteção dos seus direitos? Era esse meio necessário?
3. A vantagem da proteção dos direitos daquele que realizou as gravações corresponde à desvantagem pela violação dos direitos do interlocutor insciente? Ou seja, a vantagem foi proporcional à desvantagem?

Ainda que a resposta às três indagações acima seja positiva, não se deve descuidar do fato de que sempre se estará cuidando de casos

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.* p. 16.

²⁵ HC nº 3.982/RJ. 6ª Turma. Julgado em 5/12/95. Revista do STJ, v. 82, p. 322, junho/1996.

concretos, com suas peculiaridades inerentes e que suscitem situações extraordinárias.

Direitos fundamentais formais e materiais

O rol de direitos e garantias previsto no artigo 5º da Carta Política denota, por sua mera previsão no texto constitucional, serem eles, *per se*, direitos fundamentais formais. Para Hesse²⁶, direitos fundamentais formais são aqueles que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.

Tal atributo originário não lhes retira, contudo, a possibilidade de também serem considerados materialmente fundamentais²⁷.

Aliás, a Carta da República, enfatize-se, não afasta a possibilidade de que outros direitos e garantias, ainda que não expressamente previstos no texto constitucional, sejam tidos como direitos fundamentais materiais em razão de seu conteúdo substancial normativo²⁸ e ainda pelo disposto no §2º do próprio artigo 5º: “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, o § 2º do artigo 5º da Carta Política prevê expressamente a possibilidade de que outros princípios por ela adotados sejam também incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, é natural indagar se um determinado valor constitucional qualquer (um princípio, um fundamento, etc.) estaria ou não apto a integrar tal rol. Ou seja, se seria tal valor constitucional um direito constitucional materialmente fundamental? Vale dizer, um valor constitucional que não foi definido pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo um direito fundamental, apesar de possuir um conteúdo essencialmente fundamental.

Consoante Carl Schmitt²⁹, os direitos fundamentais seriam anteriores e superiores ao Estado, verdadeiros âmbitos de liberdade dos quais re-

²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad: Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 225.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 137.

²⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 1996, p. 169.

sultam direitos de defesa. Ao Estado caberia a sua proteção e nela (defesa) encontraria a justificação de sua própria existência.

Licitude das gravações telefônicas

Certamente a produção probatória não está elencada num rol taxativo e imperativo, ao qual as partes estejam adstritas. Ao contrário, no sistema processual penal brasileiro, por exemplo, qualquer tipo de prova pode ser admitido, desde que não seja incompatível com a ordem material ou processual.

A violação do sigilo telefônico, prevista no artigo 5º, XII, da Constituição Federal e tipificada na Lei nº 9.296/96, diz respeito ao procedimento da interceptação telefônica, no qual a conversa telefônica é escutada ou gravada por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores.

Não prevê a norma incriminadora, o procedimento denominado de gravação telefônica, no qual a gravação é realizada diretamente por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro.

Desta forma, no entendimento da melhor doutrina, tanto o dispositivo constitucional mencionado quanto a lei que o regulamenta se referem, exclusivamente, ao procedimento denominado “interceptação telefônica”, o qual, ressalte-se, se diferencia substancialmente da gravação telefônica.

Para Mariano Silva³⁰, não havendo regra específica para a escuta ou gravação “clandestina”, elas não são vedadas.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, assim argumentando o ministro José Arnaldo da Fonseca, relator³¹,

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu.

³⁰ SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005 *Apud* Maurício Viegas (www.sotai.com.br/artigos/licitude.htm), em 12/06/2008.

³¹ Habeas Corpus nº 33.110. Número de registro: 2004/0004908-4. Julgado em: 13/01/2004. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca - Quarta Turma.

Também o ministro Edson Vidigal³², em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, argumenta favoravelmente à licitude da gravação telefônica,

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.

Estamos em que hoje a lei não veda, portanto, a gravação telefônica, somente a interceptação não autorizada. Assim, consoante o princípio da reserva legal, a prova obtida por meio de gravação telefônica pode ser admitida.

A subprocuradora-geral da República Ela Wiecko V. de Castilho em manifestação ministerial nos autos do Habeas Corpus nº 33.110, do Superior Tribunal de Justiça, e já identificado acima, bem dissertava sobre as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

A representante do *Parquet* inicialmente esclarece que a interceptação telefônica pressupõe a participação de um terceiro e que tal ingerência externa pode se dar sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica), ou com o consentimento de um deles (escuta telefônica). Explica ainda que, consoante a Lei nº 9.296/96, é possível a utilização de tais provas, se precedidas de autorização judicial.

Contudo, tal exigência legal não se aplica à utilização de prova consistente em gravações clandestinas, ou seja, captação de comunicação, telefônica ou ambiental, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Isto por que não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que discipline as gravações clandestinas, ficando essa forma de captação de comunicação, portanto, fora do âmbito da Lei nº 9.296/96.

Lembra ainda a subprocuradora-geral que a doutrina tem divergido quanto à possibilidade de utilização das gravações clandestinas como

³² RHC 7216/SP. Relator: Min. Edson Vidigal - Quinta Turma. Número de registro: 1998/0004035-8. Julgado em: 25/05/1998.

meio de prova, inclinando-se uma corrente mais antiga a aceitá-la apenas em favor do acusado, ou seja, quando necessária para provar a inocência desse.

Uma corrente mais recente, porém, na qual se basearam precedentes do STJ e do Supremo Tribunal Federal, tem admitido como lícita a utilização desse meio de prova, preconizando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conclui o parecer do MPF que,

[A]nte a inexistência de expressa disposição legal proibindo o uso dessas chamadas gravações clandestinas como meio de prova, a sua utilização deve pautar-se pelo referido princípio, ou seja, ponderados os direitos em conflito, deve prevalecer aquele mais valioso.

Não há dúvida de que a Constituição Federal não trata da privacidade como direito absoluto, sendo certo que há momentos em que esse direito conflita com outros, quer de terceiros, quer do Estado, de modo que se torna impraticável conferir a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Assim, a solução preconizada é o sacrifício daquele considerado menos valioso.

Na hipótese, os direitos em conflito são o irrogado direito à privacidade e o interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos crimes. Ante a identificação desse conflito de interesses, cabe perguntar: é razoável sacrificar o direito à privacidade em favor do referido interesse social? Sim, porque a organização criminosa a que pertencia a Paciente dedicava-se a práticas que “abalam sobremaneira a estrutura do Estado, revelando menoscabo ao Direito, justamente por aqueles que têm o dever legal de por ele zelar”.

Nesse sentido, tendo em conta a importância de uma leitura do inteiro teor das decisões judiciais, evitando entendimento parcial retirado da redação concisa e, portanto, incompleta, das ementas, vejamos o que entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 75.338-8 RJ³³, já identificado acima.

Em seu voto, o ministro Nelson Jobim, relator, assim registrou,

³³ “PROVA - Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. (STF, HC nº 75.338-8/ RJ, Rel. Min. Nelson Jobim - DJU 25.09.1998)”.

O órgão especial, após examinar jurisprudência e doutrina, conclui quanto à imprestabilidade da prova que:

“(...) [S]e tivéssemos que estabelecer um cotejo entre a preservação do sigilo de uma conversa telefônica e a moralidade e o prestígio do Judiciário, indubitavelmente estes últimos teriam que prevalecer e qualquer objeção ao valor da fita, como meio de prova, forçosamente, seria desconsiderada, porque, acima de tudo, está o interesse da Justiça em apurar a veracidade da imputação extremamente grave feita a um magistrado”. (Fl. 164)

O ministro Carlos Velloso, em seu voto no Habeas Corpus nº 75.338-8-RJ³⁴, fez uma distinção entre uma gravação efetuada por terceiro, que intercepta uma conversa de duas outras pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. E concluiu que *“pode haver, em tal caso, violação a preceitos éticos. Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal”*.

Para Vicente Greco Filho³⁵ *“a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro não é interceptação, nem está disciplinada pela lei comentada e, também inexistente tipo penal que a incrimine”*.

É certo que a ordem jurídica preserva o direito à privacidade e à intimidade. No entanto, também é digno de proteção o interesse do Estado em cumprir os cometimentos que lhe incumbe a Constituição³⁶³⁷.

Para Noronha³⁸, *“ofendido é o Estado, atingido em sua atividade de realização da justiça. E secundariamente é a pessoa iludida (...) pois é fraudada e atingida em seu patrimônio”*.

Ainda no julgamento do HC 75.338-8, o ministro Sepúlveda Pertence apontava que a gravação por um dos interlocutores da conversa mantida com outrem nada tem a ver com o art. 5º, XII, que protege o sigilo de comunicações telefônicas, assim como protege o sigilo de correspondência escrita.

Para o eminente jurista, *“o problema há de ser enfrentado, fazendo abstração da inovação tecnológica da telecomunicação, de acordo*

³⁴ RTJ 162/244-5.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296/96*, São Paulo: Saraiva, 1996.

³⁶ BENDA, Ernest. Dignidad humana y Derechos de la personalidad. In: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 130.

³⁷ *“Es digno de protección el interés del Estado en cumplir los cometidos que le encomienda la Constitución”*.

³⁸ NORONHA, Edgard M. *Direito Penal*. v. 4, 24. ed. São Paulo: Saraiva 2003. p. 423.

com os mesmos princípios da carta missiva, objeto do art. 33 da Lei nº 5.988/73 (Lei dos Direitos Autorais), que diz que: ‘as cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais’”.

Para ele, o art. 5º, XII, da CF protege os interlocutores da ciência, por terceiro, “a sorrelfa”, mediante a chamada interceptação telefônica, do que entre os dois se conversou, não contendo proibição alguma de que um dos interlocutores faça a prova da conversa de que participou.

E arremata:

Outras questões podem surgir. Aventurei-a, *en passant*, no HC 69.818, em que um policial, eventualmente amigo de um suspeito, sob promessa de mantê-las em confidência, obtém deste suspeito revelações contra si mesmo e contra terceiros. Aí, sim, se pode, em relação àquele que confiante revela fatos incriminatórios contra si mesmo, a garantia constitucional contra a autoincriminação (art.5º, LXIII). Nada disso está em causa neste caso. Não se argui relação de intimidade, sequer relação de confiança entre os interlocutores, mas uma mera conversação entre o autor de uma proposta (...) e o destinatário dela.

A questão, a meu ver, se resolve assim como se resolveria na gravação ambiental, ou como igualmente se resolveria se feita a proposta por correspondência escrita e sem nenhuma interferência com as proteções constitucionais, seja das comunicações, seja da intimidade.

Igualmente, importante não olvidar, como bem destacou o relator em sua manifestação, que o Pretório Excelso também compartilha do entendimento de que a análise da aceitabilidade das gravações telefônicas se opera *incidenter tantum*, ou seja, casuisticamente.

Aliás, é pródiga a jurisprudência do STJ no sentido da licitude das gravações telefônicas³⁹.

Dessa forma, conforme se verifica dos trechos transcritos acima, a gravação de conversas telefônicas por um dos interlocutores não parece ferir o art. 5º, VII da Constituição Federal. A discussão sobre a possibilidade de utilização de gravações telefônicas se encontra relacionada, portanto, à questão correspondente à sua divulgação.

³⁹ HC nº 29.174, 36.545, 33.110, 26.631; RHC nº 14.041, 7.216; RESP nº 214.089, 707.307, entre outros.

É nesse sentido, inclusive, parecer da lavra da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, cujo trecho é transcrito a seguir,

É que, com efeito, não se enquadra na garantia do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes. Aqui não se pode falar em interceptação, nem está em jogo o sigilo das comunicações, assegurado pelo referido texto.

Assim, a gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa, não configura ilícito, ainda quando o outro interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja a violação do segredo.

Assim, Grinover entende que a questão crucial em relação às gravações telefônica reside na possibilidade de sua utilização, uma vez que o simples fato de um interlocutor gravar a conversa é lícito.

Justa causa

De outra parte, configura justa causa na divulgação de gravações telefônicas quando forem elas realizadas no intuito de repelir grave ameaça a direito de quem as comunicou ao Estado, quando da solicitação de investigação de prática de cartel, ilícito tanto administrativo quando criminal.

Assim, quando as gravações telefônicas forem realizadas em contexto de agressão aos direitos do interlocutor relacionados à livre concorrência e à livre iniciativa, ou seja, quando o exercício de atividade econômica é profunda e negativamente afetado por conduta do interlocutor insciente, a prova das gravações não somente será lícita, como também justificada a sua apresentação às autoridades, publicação ou utilização.

Relação de confiança entre os interlocutores da gravação

Um dos argumentos mais frequentemente utilizados por aqueles que defendem a ilicitude de gravações telefônicas é o da configuração de abuso de relação de confiança na colheita da prova oriunda das gravações telefônicas.

Não obstante, consoante a boa doutrina criminal, certas atitudes devem ser esperadas e até presumidas do “homem médio, dotado de prudência e discernimento”. No dia a dia dos negócios é possível vislumbrar a existência de boa-fé presumida, jamais de relação de confiança. Seria por demais singelo assim considerar.

Aliás, de um modo geral, confiança pode ser considerada, no âmbito da presente análise, como “a expectativa depositada em um estranho de que este aja de maneira cooperativa, ou, pelo menos, não danosa, em relação ao depositante”.⁴⁰

O termo “estranho”, contudo, pode ser mais bem substituído por “terceiro”, uma vez que esse tipo de expectativa pode ser depositada em qualquer sujeito com quem é exercida uma relação interpessoal.

Logo, por se tratar de uma expectativa, nos permite concluir que a mesma não é uniforme em todas as relações interpessoais, sendo que apresenta diferentes graduações conforme os sujeitos dessas relações (família, amigos, conhecidos, desconhecidos, entre outros) e as circunstâncias analisadas (em âmbito comercial, íntimo, impessoal, entre outros).

Ora, não haveria que se falar em relação de confiança entre interlocutores, quando a prática ilícita de cartel perpetrada pelo interlocutor insciente, ou seja, aquele que teve a sua conversa registrada pelo outro, sabida e claramente afetava direitos do responsável pela gravação, relacionados à livre iniciativa.

Assim, quando as gravações telefônicas são realizadas por interlocutor que enfrenta situação em que agentes econômicos representados pelo co-locutor insciente, em tese, criam dificuldades para o exercício de sua atividade econômica, podem elas, as gravações, ser consideradas lícitas.

⁴⁰ FERES JÚNIOR, João; e EISENBERG, José. *Dormindo com o inimigo: uma crítica ao conceito de confiança*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

Exercício regular de direito

Consoante dispositivo constitucional (art. 5º, inc. I, da CF), ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Deste mandamento constitucional se exclui a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a um tal comportamento.

Também é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, portanto, fora dos limites traçados pela lei, haverá abuso de direito, excesso.

Em recente artigo, Rocha⁴¹ sustenta que se a pessoa, na busca de preservar direito próprio, promove gravação de uma conversa não estará praticando nenhuma ilicitude.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, inclusive já decidiu⁴² que a comunicação de delito às autoridades denota exercício regular de direito. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende que a simples solicitação de abertura de inquérito policial é mero ato informativo, destinado à obtenção de dados referentes à suposta conduta delituosa⁴³.

Dessa forma, a apresentação de gravações telefônicas, quando da solicitação ao Estado de apuração de condutas ilícitas parece não ferir o art. 5º, VII da Constituição Federal.

Conforme já verificado, o ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do HC nº 75.338-8, afirmou que referido dispositivo constitucional não impede a gravação telefônica por um dos interlocutores, mas apenas a sua divulgação a outrem. Entretanto, a sua utilização em apuração de conduta delituosa por parte do Estado não configuraria desrespeito a tal dispositivo.

⁴¹ ROCHA, Zélio Maia da. Das Provas Ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Voz do Advogado*, ano 3, n. 5, junho/2008.

⁴² Acórdão: Apelação Cível nº 2007.004947-4. Publicação: DJSC Eletrônico nº 321, edição de 30.10.2007, p. 193. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMUNICAÇÃO DE DELITO À AUTORIDADE COMPETENTE - BOA-FÉ DO COMUNICANTE - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE - ARTIGO 188, I, DO CÓDIGO CIVIL - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Não enseja pedido de indenização por dano moral a mera comunicação de crime perante autoridade policial, porquanto age o agente tão-somente no exercício regular de um direito. "Inadmitido o pedido indenizatório se a representação não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé" (RT 249/133).

⁴³ Nesse sentido, ver: Resp nº 397.998/MG; Resp nº 302.313/ES; Resp nº 254.414/RJ, entre outros.

Também o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu⁴⁴ que gravações telefônicas realizadas por alguém que se vê vítima de práticas delituosas podem ser utilizadas para a investigação,

A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a ‘notitia criminis’ e para a persecução criminal.⁴⁵

E ainda que,

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre crime de quem a promoveu.

Assim, a disponibilização de gravações telefônicas às autoridades para embasar o início de investigações, seja em sede de inquérito civil promovido pelo Ministério Público, seja em sede de procedimento administrativo por ilícito antitruste, sugere configurar hipótese de exercício regular de direito. Quer o próprio direito à comunicação de ilícito, quer direito à livre iniciativa, fundamento da República, consoante o artigo 1º, inciso IV, bem como da ordem econômica, de acordo com o artigo 170, *caput*, ambos da Carta da República. Além do mais, há o direito ao benefício dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (arts. 170, IV e V, CF).

Prova emprestada

Depois de verificada a licitude das gravações telefônicas, cumpre verificar a possibilidade de sua utilização como prova pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O CADE já aceitou interceptação telefônica de processo criminal como prova emprestada, por exemplo, no Processo Administrativo do

⁴⁴ RHC nº 14.041/PA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 20/11/03, DJ 09/12/03.

⁴⁵ HC nº 36.545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 02/08/05, DJ 29/08/05.

Cartel de Lages⁴⁶, em que houve sustentação da decisão na primeira instância judicial, bem como no Processo Administrativo do Cartel de Florianópolis⁴⁷ e no Cartel dos Vigilantes⁴⁸.

O fundamento estava em decisão⁴⁹ do STF, conforme ementa abaixo,

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros acusados. Admissibilidade. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei Federal nº 9.296/96. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.

Logo, há precedentes que permitem a utilização de gravações ou interceptações telefônicas como prova emprestada da esfera criminal para a administrativa.

A recente alteração do artigo 157 do Código Penal Brasileiro

Outra questão controvertida diz respeito à inovação legislativa substanciada na Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008 que em seu § 1º prevê serem inadmissíveis provas derivadas daquelas ilícitas.

Na verdade, trata-se de solução legislativa à questão da divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, mas de inspiração na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cunhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.0004036/2001-18.

⁴⁷ Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18.

⁴⁸ Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.

⁴⁹ Inq-QO-QO 2424/RJ. Rel. Ministro CEZAR PELUSO. STF. Julgamento: 20/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Aqui, contudo, o Supremo Tribunal Federal também desenvolveu a teoria da prova independente (PAI), consolidada em julgados, dentre os quais, no Habeas Corpus nº 74.599/SP, cujo julgamento ocorreu depois do advento da Lei da Escuta Telefônica (Lei nº 9.296/96) e assim ementado,

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.

Não obstante a contaminação de provas derivadas não se dê quando a gravação ou interceptação telefônica não foi obtida ilicitamente, afastando a teoria “dos frutos da árvore envenenada”, é preciso examinar se a hipótese diz respeito a provas derivadas ou de prova principal. Neste último caso, não haveria que se cogitar de qualquer possibilidade de contaminação.

Este é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que decidiu, com fulcro em precedentes do próprio STJ e também do STF, que a gravação feita por um dos interlocutores exclui a ilicitude do meio de obtenção de prova, não havendo que se falar em violação constitucional ao direito de privacidade quando a vítima grava diálogo com qualquer tipo de criminoso.

Aquela decisão também deixou assente que,

A teoria “dos frutos da árvore envenenada” não é incindível *in casu*, posto que as gravações telefônicas não foram obtidas ilicitamente. Mesmo assim, tais elementos probatórios não constituem o único material probante que embasa a exordial acusatória. Ademais, as provas testemunhais não foram obtidas por derivação da conversa telefônica, não havendo que se falar em “contaminação pelo veneno”⁵⁰.

⁵⁰ HC nº 29.174/RJ, Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma do STJ, DJ 02/08/2004.

E ainda,

Em relação à utilização no processo administrativo disciplinar de gravação de conversa telefônica de terceiros sem autorização ou conhecimento do impetrante, não cabe, aqui, sequer examinar da legalidade ou ilegalidade da prova utilizada. Com efeito, da leitura do acórdão do Órgão Especial do Tribunal local, proferido no âmbito do processo administrativo, verifica-se que a aplicação da pena de disponibilidade baseou-se em outras provas suficientes para embasar a aplicação da pena de disponibilidade do impetrante⁵¹.

Mais sentido faz tal raciocínio quando a hipótese se refere a gravações telefônicas que não podem ser consideradas como balizadoras de toda a investigação, mas apenas outra prova que, quando analisada concomitantemente com o restante do conjunto probatório, auxilia no encadeamento lógico que embasa a decisão, senão para todos os envolvidos, ao menos para parte deles.

Conclusões

Quando valores constitucionais estão em aparente conflito, como é o caso das garantias fundamentais da inviolabilidade das comunicações e da privacidade em relação ao princípio da livre concorrência, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, aplicando-se a técnica da ponderação de bens e da harmonização, objetivando a realização máxima da vontade do constituinte.

É certo que a Constituição protege a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade das comunicações, enquanto garantias individuais. Contudo, como qualquer valor constitucional, elas não tem caráter absoluto.

Consoante a assente jurisprudência da Corte Suprema, não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, podendo ser legítimas medidas excepcionais restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos e limites estabelecidos pela própria Constituição.

⁵¹ RMS nº 11.708/PR, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma do STJ, 11/02/2008.

Nesse contexto, o foco principal desta análise esteve centrado na questão da aceitação de gravação telefônica como prova para a condenação de agentes econômicos e seus prepostos pela prática do ilícito de cartel e outras condutas anticompetitivas, previstas na Lei Antitruste.

Doutrina e jurisprudência dominantes entendem que como as gravações clandestinas, aí incluídas as telefônicas, não são alcançadas pela Lei nº 9.296/96 que disciplina o procedimento da interceptação telefônica, em que a conversa telefônica é escutada ou gravada por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores, e, portanto, sua colheita livre seria lícita.

A discussão sobre as gravações telefônicas se volta, portanto, à questão da sua utilização e divulgação. Neste sentido, concluiu-se que configura justa causa na utilização ou divulgação de gravações telefônicas somente quando forem realizadas no intuito de repelir grave ameaça a direito daquele(s) que as comunicou(aram) ao Estado. Assim, se alguém, objetivando resguardar direito próprio, promove gravação de conversa, estará agindo lícitamente.

Além disso, a representação de delito às autoridades competentes denota exercício regular de direito e a apresentação de gravações telefônicas para informar procedimento de apuração de condutas ilícitas parece não ferir o art. 5º, XII da Constituição Federal.

Enfim sobre o empréstimo de material probatório do âmbito criminal para o administrativo, o Supremo Tribunal já decidiu que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, desde que autorizadas por juiz(a) criminal competente, podem ser usados também em procedimento administrativo contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, José Olindo Gil. *As Provas Ilícitas no Processo Brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras. 2008. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com>>.

br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS.pdf> . Acesso em 23/06/2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 205, p. 11-22, jul/set/1996.

BENDA, Ernest. *Dignidad humana y Derechos de la personalidad*. Apud Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 130.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 137.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992, p. 86.

FERES JÚNIOR, João; e EISENBERG, José. *Dormindo com o inimigo: uma crítica ao conceito de confiança*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> . Acesso em 12/08/2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad: Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 225.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo, 2000, p. 236-251.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p. 212.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Prova ilegalmente obtida. In: *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 31, p. 21-29. Apud FREGA-DOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 195.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Edgard M. *Direito Penal*. v. 4, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423.

PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições*. São Paulo: BuscaLegis. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em 29/06/2014.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. Documento nº DAF/COMP/GF(2006)7. June 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>>. Acesso em 26/03/2014.

ROCHA, Andréa Presas. *A admissão da prova ilícita como único meio de garantia de direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=403>. Acesso em: 29/06/2014).

ROCHA, Zélio Maia da. Das Provas Ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Voz do Advogado*, ano 3, n. 5, junho/2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 1996, p. 169.

SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Fernando de Magalhães Furlan - Doutor pela Universidade de Paris 1 - *Panthéon-Sorbonne* (título revalidado pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG - doutorado em Direito), 2006. Mestre pela Universidade de Paris 1 - *Panthéon-Sorbonne* (título revalidado pela Universidade de Brasília - UnB - mestrado em Relações Internacionais), 2001. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China - 2012. *Visiting scholar na American University Washington College of Law* - 2017. Bacharel Administração (UDESC, 1990) e em Direito (UnB, 1993). É Professor da Faculdade de Direito da FACIPLAC e analista e instrutor de ensino à distância do Supremo Tribunal Federal (STF).

O ingresso da UBER no Brasil sob a ótica concorrencial

HENRIQUE ESTEVES ALVES FERREIRA
RAFAEL ROCHA DE MACEDO

Resumo: O ingresso da plataforma UBER no Brasil representou um espantoso reboiço no mercado econômico do transporte privado de passageiros, marcado por manifestações, protestos e até agressões entre taxistas e motoristas particulares. O conflito se mantém intensamente na seara jurídica, em que de um lado, entidades e forças políticas ligadas aos taxistas e aos proprietários de frotas de táxi sustentam a ilegalidade do transporte realizado pelo aplicativo tecnológico por se tratar atividade privativa definida em lei, enquanto de outro, inúmeros juristas defendem a legitimidade com base nos Princípios Fundamentais do Estado brasileiro e nos fundamentos da ordem econômica constitucional, primordialmente na livre iniciativa e na liberdade de concorrência. É neste último contexto que o presente estudo busca analisar a entrada da UBER no Brasil, investigando os reflexos na esfera concorrencial, que acarretaram em efeitos positivos para a coletividade. Assim, através de minuciosa pesquisa bibliográfica e documental, permite-se compreender e evidenciar os benefícios que levaram a conclusão de que o transporte individual de passageiros operado pela UBER – ou plataformas semelhantes – geram adições saudáveis à promoção do valor social, à competição leal, ao consumidor e à coletividade, sendo imprescindível a manutenção de tais plataformas tecnológicas inovadoras no mercado econômico brasileiro.

Palavras-chave: UBER. Direito concorrencial. Livre Iniciativa. Liberdade de concorrência.

UBER'S ENTRY IN BRAZIL UNDER COMPETITION'S PERSPECTIVE

Abstract: The entry of the UBER platform in Brazil resulted into an astonishing upheaval in the economic market of private passenger transport, marked by demonstrations, protests and even aggressions between taxi drivers and private drivers. The conflict remains intense in the legal arena, where on the one hand, political entities and forces associated to taxi drivers and taxi fleet owners support the illegality of the transportation carried out by the technological application once it is a private activity defined in law, while on the other, numerous jurists defend its legitimacy based on the Fundamental Principles of the Brazilian State and on the fundamentals of the constitutional economic order, specially the free initiative and free competition. Under this perspective, the present study seeks to analyze the entry of UBER in Brazil, investigating its reflexes at the competition point of view, which had positive benefits for the community. Thus, through a thorough bibliographical and documentary research, it is possible to understand and highlight the benefits that led to the conclusion that the individual passenger transport operated by UBER – or similar platforms – generate healthy additions to the promotion of social value, fair competition, the consumer and the community, and it is essential to maintain such innovative technological platforms in the Brazilian economic market.

Keywords: UBER. Taxi. Individual transport of passengers. Competition law. Free Initiative. Freedom of competition.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como Princípios Fundamentais do Estado brasileiro (art.1º, IV), considerados de elevada importância para a democracia constitucional e para o regime de liberdades públicas.

Nesta seara, Eros Grau ressalta que “a dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser)”¹, abstraindo, assim, que deve ser dinamizada na busca da promoção da vivência digna de toda a sociedade.

Neste contexto, Vicente Bagnoli afirma que “depreende-se que toda atividade econômica, seja pública ou privada, deve ser exercida na busca da existência digna de toda a coletividade”².

É diante das máximas acima referidas que o presente estudo busca analisar o ingresso do aplicativo UBER no Brasil, que iniciou suas atividades no ano de 2014 na cidade do Rio de Janeiro, estando presente atualmente em 106 regiões brasileiras, além de outras 632 no mundo, difundidas pelos cinco continentes.³

A UBER é uma empresa multinacional fundada em 2009 nos Estados Unidos e que permite constituir uma conexão entre motoristas profissionais e indivíduos interessados em contratá-los por meio de uma plataforma tecnológica para smartphones. Por seu intermédio, pessoas previamente cadastradas no aplicativo conseguem requisitar, de modo simples e ágil, motoristas parceiros UBER para transportá-las, oferecendo um serviço semelhante ao táxi porta-a-porta tradicional, conhecido popularmente como serviços de “carona remunerada”.

A comodidade e eficiência, carreadas pela inovação do aplicativo aplicadas ao transporte individual de passageiros, fizeram com que a UBER cásse no gosto dos usuários. Apesar do sucesso de público, as suas atividades vêm sofrendo inúmeros questionamentos judiciais e extrajudiciais, provenientes sobretudo de pessoas, entidades ou forças políticas ligadas aos taxistas e aos proprietários de frotas de táxi.

¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

² BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

³ Para informações mais aprofundadas a respeito da plataforma UBER. Disponível em: <<https://www.uber.com>>.

De um lado, identificam-se críticas quanto à (i)legalidade das atividades desenvolvidas, eis que voltadas à prestação de um serviço de transporte público individual remunerado de passageiros, o qual trata-se de atividade privativa dos profissionais taxistas nos moldes da Lei nº 2.468/2011, consubstanciando-se em um serviço público, conforme pretendeu defender o Ilustre Jurista Eros Roberto Grau⁴.

Em aceção oposta, parte dominante doutrinária sustenta posição diversa ao estipular que o transporte individual de passageiros não é serviço público⁵ mas refere-se a atividade econômica em sentido estrito, em específico alude a transporte privado individual de passageiros, sujeito à regulação estatal de menor intensidade como qualquer outra atividade econômica semelhante.

Sobre o tema, o Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Daniel Sarmiento⁶, sustenta ser “certo que o transporte público individual de passageiros é atividade privativa dos taxistas, nos termos do art. 2º da Lei nº 12.468⁷. (...) Contudo, não se concedeu aos taxistas o monopólio no exercício de toda a atividade de transporte individual de passageiros – que compreende as modalidades pública e privada. O transporte individual privado de passageiros, previsto na Lei nº 12.587 – atividade desempenhada pelos motoristas parceiros da UBER – não foi, nem poderia ter sido, retirado pelo legislador do âmbito da livre iniciativa e livre concorrência”, o que confere sustentação para a legalidade da atividade.

⁴ GRAU, Eros Roberto. Parecer *pro bono* formulado em 23/11/2015. Disponível em: <<https://goo.gl/VtjirY>>.

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello anos antes da inovação tecnológica desenvolvida pela UBER já sustentava tal posicionamento, ao afirmar que: “(...) os serviços prestados pelos táxis – e quanto a isto nada importa que o sejam por autônomos ou por empresas – possuem especial relevo para toda a coletividade, tal como se passa, aliás, com inúmeras outras atividades privadas, devendo por isso ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, como de fato ocorre, mas obviamente isto não significa que sejam categorizáveis como serviços públicos.(...) Nem a Constituição, nem a Lei Orgânica dos Municípios, nem a lei municipal regente da matéria qualificam os serviços de táxi como serviços públicos. Contudo, a Constituição foi expressa em qualificar como serviço público o serviço municipal de transporte coletivo local de passageiros (art. 30, V), não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a ‘coletivo’. Nisso, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público” (*Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo*. Apud Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiro, 2011, pp. 216-217).

⁶ SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<https://goo.gl/e1wD6Z>>.

⁷ Art. 2º. É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será, no máximo, de 7 (sete) passageiros.

Daí pode-se extrair fundamentos da ordem econômica, em especial os princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, assegurando, deste modo, a qualquer pessoa o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo se previsto em lei.

Imbrólios outros se assentam na competência legislativa para regular⁸ a matéria e na natureza da relação entre o motorista profissional e a UBER, em que se questiona o caráter da atividade laboral⁹. Trata-se de mera afinidade comercial ou há relação de emprego? Daí emanam diversos julgados díspares ao longo do país, sem se alcançar, por enquanto, uma unanimidade.

Sobrepõe, não obstante, o impacto econômico e social em reflexo ao alarde que se assenta no interesse em atender as necessidades principais e secundárias da coletividade, ao passo, ainda, que enfatiza ser a concorrência fator essencial para desenvolvimento econômico e o bem-estar do consumidor

Ao presente estudo, não cabe adentrar no mérito da legalidade da prestação de serviço da UBER ou a natureza da relação negocial. Deste modo, partindo da premissa de que a atividade exercida pela UBER é legal e constitucionalmente garantida, questiona-se no âmbito do direito concorrencial se é a sua permissiva é benéfica à coletividade e ao consumidor final?

Outrossim, necessário se faz projetar uma análise de conteúdo por meio da pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista o caráter teórico-argumentativo da matéria. Aborda-se, igualmente, por meio de uma pesquisa sócio-jurídica, posto a atuação da UBER no Brasil que, ao ofertar uma alternativa para o transporte privado individual de passageiros, produz consideráveis impactos sociais e econômicos, sendo forçoso constituir uma unidade entre o campo do Direito e outras esferas do conhecimento.

⁸ A ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, durante sua apresentação no II Congresso Brasileiro de Internet, realizado pela Associação Brasileira de Internet (Abranet) no dia 24/09, em Brasília, se manifestou no sentido de que não cabe aos municípios, distritos ou estados legislar se a Uber pode ou não seguir operando no Brasil, isso porque tais esferas só podem legislar sobre transporte público coletivo, o que não se enquadra ao UBER. Mais informações em: <<https://goo.gl/A5vhtT>>.

⁹ Para aprofundamento de leituras sobre o tema, acesse: “Uber ganha ação trabalhista no Distrito Federal”. Disponível em: <<https://goo.gl/EZMTFP>>; “Justiça do Trabalho nega vínculo de emprego no Uber”. Disponível em: <<https://goo.gl/9XlaUM>>; “Justiça de SP reconhece vínculo de emprego na Uber”. Disponível em: <<https://goo.gl/Gnb6EK>>.

Da ordem econômica constitucional

A Constituição dirigente de 1988 traçou por meio do artigo 170 da Constituição Federal a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Tais valores devem estar com consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil representados pelos incisos III e IV do art. 1º, balizados como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo que ainda impõem sua contextualização com os objetivos enumerados no art. 3º, pelo qual se consagra o elemento teleológico do Estado Democrático de Direito.

Assim, o legislador constituinte pôde estabelecer os fundamentos para a ordem econômica e financeira brasileira, calcados em princípios norteadores da ação do Estado, devendo serem observados todos aqueles enumerados no rol do artigo 170.

Neste contexto, os princípios constitucionais são vetores basilares na interpretação da ordem jurídica, sobrevivendo diretamente sobre as relações sociais e impondo comportamentos positivos e negativos ao Estado e aos particulares.

Diante desta máxima, importa arrazoar a respeito de dois importantes princípios da ordem econômica e que sustentam o presente esboço.

O princípio da livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica

A livre iniciativa, consagrada pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988, foi ressaltada pelo constituinte como fundamento da República Federativa do Brasil, considerada de elevada importância para a democracia constitucional.

Eros Grau defende em sua obra que a livre iniciativa expressa desdobramento da liberdade, sendo esta amplamente ponderada, entendida como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado.

Anunciada também no *caput* do art. 170 da Lei Maior, o texto deixa claro que não se deve apenas vinculá-la a uma titularidade expressada somente pela empresa, mas é colocada lado a lado com a valorização do trabalho humano. Assim, ganha a livre iniciativa um valor social, se compreendendo como um modo de manifestação do trabalho livre, majorando prioritariamente a coletividade em face da individualidade.

Igualmente, a livre iniciativa mantém íntima conexão com a liberdade de iniciativa econômica, apregoada no *parágrafo único* do art. 170 da Constituição, fundamento da ordem econômica nacional e que também deve esta ser entendida em conjunto com a valorização do trabalho humano.

Neste mote, Vicente Bagnoli assevera que o constituinte de 1988, ao reiterar entendimento, “buscou afastar empecilhos burocráticos que retardassem, dificultassem ou impedissem o exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos específicos e previstos em lei”¹⁰. Deste modo, quis defender que a regra é a liberdade do exercício da atividade, sendo que o regramento pelo Estado é colocado como exceção, ao qual o indivíduo somente se submeterá se previamente estipulado em lei, evitando, assim, que excesso burocrático impeça o desenvolvimento econômico.

Portanto, a simples ausência de regulamentação de determinada atividade econômica em sentido estrito não importa na vedação ao seu exercício, mas sim na possibilidade de atuação do particular, cujo atendimento mereça ser universalizado. “O princípio em questão impulsiona, no âmbito da atividade econômica, a norma geral que deve vigorar nas sociedades democráticas, baseada na liberdade e que parte da afirmação de que aos particulares é lícito fazer tudo que não seja proibido em lei”, defende MOURA e SALES¹¹.

Neste campo, a intervenção legislativa reguladora – restritiva ou condicionante à liberdade fundamental – deve acontecer unicamente como forma de proteção e defesa de interesses e bens coletivos, incluindo aqui, mas não se restringindo, à proteção ao direito do consumidor, aos trabalhadores e a prevenção à concorrência desleal.

¹⁰ BAGNOLI, *Op. cit.*

¹¹ MOURA, Cid Capobianco Soares de; SALES, Ana Carolina de. *Serviço de transporte da Uber tem respaldo na liberdade de profissão*, CONJUR, Janeiro/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Ko2iVK>>.

José Joaquim Gomes Canotilho em parecer realizado sobre o tema, observa:

Alias, é este entendimento que nos parece ser sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar expressa ou implicitamente, mas de forma reiterada, que, neste domínio, vigora a regra da liberdade, no sentido de que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de requisitos ou condições legais para o seu exercício; apenas quando houver potencial lesivo na (ou da) atividade é que se justificam aqueles requisitos ou outros de natureza similar (por exemplo, a exigência de inscrição – prévia – em conselhos de fiscalização profissional). E este entendimento jurisprudencial deverá ser superlativamente observado por maioria de razão quando estejamos em face de actividades, serviços e profissões mais permeáveis à constante evolução, por força criatividade, do empreendedorismo e da inovação tecnológica.¹²

Logo, o que se pretendeu introduzir é o respeito ao princípio da legalidade em termos absolutos. Em regra, não se deve impor à empresa ou ao trabalhador requisitos ou condições que cominem em obrigações não estipuladas previamente em lei, permitindo que a livre iniciativa econômica se desenvolva com base na liberdade e no valor social, conceitos estes que devem ser intimamente ligados ao princípio da livre concorrência, o qual cumpre a apreciação para que se possa compreender o sistema capitalista constitucional.

O princípio da livre concorrência e a defesa do consumidor

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia. Intimamente relacionada com o princípio da livre iniciativa, aparece sob a roupagem de garantia constitucional no Brasil pela primeira vez em 1988. Elencada como princípio da ordem econômica brasileira pelo art. 170, IV, da Constituição Federal, ambiciona afiançar aos agentes econômicos, entre eles indivíduos e sociedades empresárias, a liberdade para competir de forma justa no mercado, sem que o Estado privilegie ou desfavoreça nenhuma parte injustificadamente. Ou seja, por meio

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em: <<https://goo.gl/IDlrq8>>.

do referido princípio a ordem constitucional pretendeu adotar um modelo de mercado no qual os agentes econômicos podem competir entre si, em um regime de iniciativa privada, sem que nenhum deles goze de superioridade decorrente de privilégios jurídicos, ou situações econômicas derivadas do abuso do poder econômico ou da prática, de condutas infratoras à ordem econômica.

Com efeito, a livre concorrência provoca implicações em diversos setores da vida econômica, tanto no preço das mercadorias ou serviços, quanto na qualidade dos mesmos. Deste modo, a atividade concorrencial busca otimizar os recursos econômicos, na medida em que por meio da concorrência recíproca, evitam-se os lucros arbitrários e os abusos de poder econômico. Trata-se na verdade de princípio que visa preservar os mercados e a própria ordem capitalista. Ocorre que tal liberdade não remete à total ausência de regulação pregada pelo liberalismo econômico smithiano, em que os próprios agentes do mercado serão guiados unicamente pela lei da oferta e da procura. Do mesmo modo, o princípio não quer significar plena igualdade, pelo contrário, como se observa Miguel Reale Júnior¹³, a desigualdade é inafastável e gera a rivalidade e a livre concorrência, sendo que esta somente sobrevive em uma economia sem igualdade.

A livre concorrência, em verdade, é o reflexo da garantia de competição leal, isenta de práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico. Busca, portanto, reprimir o abuso do poder econômico (art. 174, § 4º, CF), garantindo oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder.

“Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo”¹⁴. Encontra-se, assim, na livre concorrência o fundamento da economia de mercado, em que os agentes econômicos, quando colocados em confronto de forma justa e leal, tendem a resultar em saldos mais eficientes que acarretam ganhos ao bem-estar econômico do consumidor e da coletividade.

¹³ REALE JÚNIOR, Miguel. *A Ordem Econômica na Constituição*. Revista dos Tribunais. Apud GRAU, Eros Roberto. *Ob. cit.*

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Apud *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58, Tomo II.

Neste axioma é que atua Estado, por meio do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômico, introduzido pela Lei nº 12.590/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra o consumidor.

De tal sorte, a defesa do consumidor se configura como outro importante Princípio da Ordem Econômica Constitucional. Vicente Bagnoli sobrepõe que:

a defesa do consumidor se faz de forma direta, num contexto microeconômico e microjurídico, mas também de forma ampliada por meio da defesa da livre concorrência. Garantir a livre concorrência do mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem-estar econômico do consumidor, que sai beneficiado com produtor e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos.¹⁵

Neste mesmo sentido, Mônica Caggiano afirma que:

Dentre tais cânones constitucionais, cabe destacar **a idéia-vetor da livre concorrência** que inaugura seu *status* constitucional com o Estatuto de 1988, evidenciando o modelo de economia descentralizada, plasmado pelo constituinte, e comparecendo no papel de “motor da economia”, impondo uma atividade econômica livre para envolver uma pluralidade de empresas, a liberdade de cada uma delas em oferecer um amplo e diversificado leque de oportunidades quanto a contratos e vantagens ao mercado, a liberdade do consumidor em realizar suas opções e selecionar dentre as ofertas de bens e serviços a que melhor atenda às suas expectativas. Constitui, no entanto uma liberdade *sub lege*, máxima que deve ser interpretada, entre outros princípios estabelecidos pelo constituinte, em conjunto com o da defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente.¹⁶

Assim, o princípio da defesa do consumidor é um dos elos da economia e do próprio capitalismo caracterizado por processos de troca ao destinatário final, seja de mercadorias ou de serviços. Com efeito, o direito aplicado ao consumo possui duas facetas: protege-se o consumidor sob a perspectiva microeconômica e protege-se o mercado como forma de preservar a livre concorrência.

¹⁵ BAGNOLI, *Op. cit.*, p. 80.

¹⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). *Reflexões em direito político e econômico*. São Paulo: Mackenzie, 2002, p. 19.

A liberdade de concorrência tutela, assim, os interesses dos consumidores e da coletividade, reprimindo o abuso do poder econômico, a imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha, a dominação desleal do mercado e o aumento arbitrário de lucros.

A concorrência instiga, nesse sentido, a inovação e o progresso. Ademais, ela se liga à segurança da paridade de oportunidades entre os agentes econômicos, representando vetor inafastável para a interpretação das normas legais que disciplinam o transporte individual de passageiros.

A Uber e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º).

Não se limitando a uma legislação meramente *antitruste*, a lei confere materialização aos princípios da ordem econômica em especial a livre de iniciativa, a liberdade de concorrência, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

Desta forma, o mundo do ser deve estar estimado na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, sendo que é por meio dessa ótica que se passa a analisar os efeitos carreados pelo ingresso da UBER no Brasil.

Assimetria informacional

A assimetria informacional é definida como a incapacidade de o passageiro saber de antemão o valor do transporte de forma prévia ao seu embarque, impedindo a comparação de preços e indo em contramão ao que se espera de um mercado perfeito.

A disponibilização da plataforma UBER permite que a maioria das informações estejam plenamente disponíveis para quem possui um aparelho celular hodierno, podendo ter acesso antecipadamente ao valor estimado da corrida.

Sobre o assunto, Luiz Alberto Esteves¹⁷, em documento de trabalho realizado para o CADE, destaca os argumentados correlacionados pela autoridade antitruste mexicana (Comisión Federal de Competencia Económica), a qual emitiu em junho de 2015 naquele país nota em defesa de plataformas modelo UBER, afirmando que tais tecnologias “endereço de forma amplamente satisfatória vários dos problemas que originaram a regulação de táxis nas cidades, principalmente aqueles decorrentes da assimetria de informação nestes mercados”.

Portanto, é notório que a problematização da assimetria de informação é satisfeita com o ingresso da UBER no mercado, beneficiando o consumidor que passa a ter acesso prévio ao valor do transporte individual, admitindo, assim, a comparação de preços.

Aumento de frota de veículos

O argumento questionado é que o suposto aumento de frota de veículos poderia impulsionar congestionamentos, poluição e um maior fluxo de trânsito. Ocorre que de forma oposta, tem-se que os veículos utilizados nesse tipo de prestação de serviço já estão alocados no mercado e em geral pertencem a indivíduos, ou seja: já estão inseridos na frota existente e passam a ser aproveitados para o transporte individual. Logo, é intuitivo supor que não há ingresso de novos veículos, mas otimização da utilização daqueles já alocados, aumentando assim a oferta do serviço à coletividade e a competição.

Igualmente, os custos com combustível e manutenção criam desincentivo econômico para que os veículos de aluguel trafeguem sem passageiros pagantes. (...) Assim, trata-se de alocação eficiente, em que mais veículos podem ser disponibilizados nas horas de pico e ficam estacionados nas horas de menor demanda.¹⁸

Acrescenta-se que o indivíduo que se utiliza da UBER ou de plataformas semelhantes para se deslocar, representa um automóvel a menos

¹⁷ ESTEVES, Luiz Alberto. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Setembro/2015 (Documento de Trabalho 001/2015).

¹⁸ LEAL, Túlio Augusto Castelo Branco. *Aspectos Legais e Econômicos dos Serviços de Transporte Individual de Passageiros – Táxis, Uber e Serviços assemelhados*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Outubro/2016 (Texto para Discussão no 212).

nas vias, o que contribui com um melhor fluxo de trânsito e uma redução na emissão de poluentes.

Eficiência

A premissa basilar é a de que, em um mercado competitivo, quando amplifica-se o direito de escolha do consumidor, os preços dos serviços e das mercadorias convergem para a redução, e a sua qualidade a se elevar, em proveito de todos. A concorrência proporciona também uma melhoria na eficiência alocativa da economia, ao fazer com que os preços dos produtos correspondam aos valores que a sociedade lhes atribui, assim como na eficiência produtiva das empresas, que são levadas a reduzir os seus custos e aperfeiçoar os bens e serviços que fornecem, no afã de prosperarem no mercado.¹⁹

Neste contexto, a inserção de um novo agente competitivo no mercado de transporte individual de passageiros tende por forçar aqueles que estavam acomodados a buscarem por melhorias com a finalidade de se manterem no negócio, evitando perda de demanda e consequentemente fortalecendo o seu produto.

A eficiência representa uma maximização da qualidade em prol da coletividade, impondo, entre outras cominações, a melhoraria na forma de atendimento ao cliente, um maior zelo com o veículo (carro limpo, arrumado e sem odor desagradável) e a negativa de se esquivar de um cliente por considerar pequeno o trajeto (lucro) almejado.

A concorrência caminha em conjunto com a eficiência, sendo fator essencial para desenvolvimento econômico e o bem-estar do consumidor. *In casu*, acrescenta-se o fim do monopólio do serviço de transporte individual dos táxis, em homenagem aos princípios basilares da ordem econômica.

Vale destacar que a plataforma da UBER ainda permite o exercício de controle direto pelo consumidor da qualidade do serviço prestado, o qual por meio de notas (de uma a cinco estrelas) avalia o transporte realizado, acarretando em consequências benéficas ou implicando em repreensões ao motorista parceiro, como a suspensão ou até o seu descadastro, caso aquele não alcance a pontuação mínima exigida (4,6 pontos).

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<https://goo.gl/zfJifK>>.

Mercado relevante

Mercado relevante é tido como o espaço – em sua dimensão produto e geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante, pelo qual pode-se definir o *market-share* de cada um dos agentes e, por conseguinte, os presumíveis efeitos anticoncorrenciais.

Argumenta-se que a concorrência predatória estimularia o surgimento de uma oferta saturada de serviço, provocando uma disputa não saudável pela redução de custos, o que geraria uma perda de qualidade e na prejudicialidade do atendimento ao consumidor, por supostamente se tratar de um mesmo mercado competitivo.

Ocorre que a realidade tem mostrado resultados opostos, destacando os benefícios acendidos ao interesse público e ao bem-estar da coletividade, como enfatiza Luiz Alberto Esteves:

(i) o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; (ii) o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; (iii) o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados. Nem mesmo os profissionais do mercado de táxis (não proprietários das licenças) seriam prejudicados, pois poderiam inclusive (*ex post*) utilizar os serviços do aplicativo, ou (*ex ante*) arbitrar entre entrar no mercado de táxis ou no mercado de caronas pagas.²⁰

Vale destacar que não se deve mencionar uma disputa única pelo mesmo mercado de atuação, eis que a plataforma da UBER, em certo, atingiu um mercado até então não abrangido (ou abrangido de forma insatisfatória) pelos táxis.

Em novo trabalho realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE sobre o tema, pôde-se avaliar os impactos econômicos imediatos da entrada da UBER sobre as corridas de táxi porta-a-porta. No estudo, foi realizada a verificação de grau de substituição (ou rivalidade)

²⁰ ESTEVES, Luiz Alberto. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Setembro/2015 (Documento de Trabalho 001/2015).

sobre o número de corridas de táxis contratadas por meio dos aplicativos de celulares “99taxi” e “Easy Taxi”, concluindo que, no período apurado, não houve substituição, mas sim o atendimento à uma demanda até então reprimida, conquistando novos clientes que não se utilizam do serviço de taxi. *In verbis*:

A análise do período examinado, que constitui a fase de entrada e sedimentação do Uber em algumas capitais, demonstrou que o aplicativo, ao contrário de absorver uma parcela relevante das corridas feitas por taxis, na verdade conquistou majoritariamente novos clientes, que não utilizavam serviços de taxi. Significa, em suma, que até o momento o Uber não “usurpou” parte considerável dos clientes dos taxis nem comprometeu significativamente o negócio dos taxistas, mas sim gerou numa nova demanda.²¹

É cristalino o fato de que a inserção da plataforma no mercado brasileiro se mostrou benéfica a sociedade quando se analisa pelo critério do atendimento de uma demanda reprimida, que aguardava por uma prestação de serviço que a despertasse. Naturalmente não se pode afirmar que não haja nenhum grau de substituição, sendo que a tendência é que a competitividade se desenvolva ao longo do tempo.

Inovação tecnológica

Por fim, quanto ao quesito inovação tecnológica, mostra-se que a UBER se enquadra como novidade relevante que modifica, de forma fundamental, a maioria das condicionantes econômicas comumente conhecidas que regulam o transporte individual de passageiros.

Nesse seguimento, a Lei nº 12.965/2014, que trata do Marco Civil da Internet, trouxe em seu artigo 2º, inciso V, a livre iniciativa e a livre concorrência, enquanto o artigo 3º, inciso VIII, definiu como pilar a liberdade de modelos de negócios promovidos na internet. E, por fim, como objetivo, em seu artigo 4º, inciso III, o diploma normativo trouxe a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e novos modelos de acesso.

²¹ ESTEVES, Luiz Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Dezembro/2015 (Documento de Trabalho 003/2015).

Logo, o que se desvenda é uma inovação revolucionária, calcada em nova tecnologia e novo modelo de negócio, permitindo amplo acesso ao consumidor, e que, com o surgimento de novos potenciais concorrentes, admitirá ao passageiro que acesse todos estes simultaneamente e realize facilmente a comparação de itens como tempo de espera, conforto e preço²².

Conjectura essa já é realidade em algumas capitais brasileiras, com o ingresso de plataformas como a espanhola Cabify, a indiana WillGo e a brasileira EasyGo.

Conclusão

Com o ingresso da UBER no mercado brasileiro, muito se questionou sobre a sua legalidade e a respeito dos supostos benefícios, assim como os malefícios, que a novidade poderia acarretar para a sociedade e para a ordem econômica. Partindo-se da premissa de que a sua atuação é constitucionalmente legal, se tratando de uma prestação de serviço privada e calcada na livre iniciativa, questionou-se os efeitos sob a ótica concorrencial.

Vale lembrar que independentemente do seu fundamento legal que permite ou não a atividade, o fim deve ser sempre o bem-estar da coletividade, conforme arrazoa o jurista Eros Grau:

Neste sentido, social, é que observei, anteriormente – item 54 –, que, conotando a expressão atividade econômica, no art. 170, o gênero, e não a espécie (atividade econômica em sentido amplo, pois), toda ela, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser (estar) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. É o valor social desta última que me referi então – e ora me refiro. Não quer isso, naturalmente, significar que o serviço público seja de livre iniciativa – ou seja, de iniciativa da empresa privada, mas sim que, na sua prestação, deve, aí também, o Estado, não opor empecilho à liberdade humana, no quanto seja socialmente prezável.²³

²² Atualmente, através do aplicativo brasileiro “VAH”, já é possível realizar a comparação de preços nas cidades em que há mais de uma plataforma de transporte individual de passageiros, como revela a matéria de Jéssica Sant’Ana publicada na Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://goo.gl/SCA7hS>>.

²³ GRAU, *Op. cit.*, p. 249.

Por certo, em um mercado de livre concorrência, quando os agentes econômicos são colocados em confronto de forma justa e leal, tendem a resultar em saldos mais eficientes que acarretam ganhos ao bem-estar econômico do consumidor e da coletividade.

Este estudo orientado sob a ótica do Direito de Concorrência concluiu que o ingresso da plataforma UBER no Brasil conduziu aos seguintes efeitos:

a) **a assimetria de informação** é satisfeita com o ingresso da UBER no mercado, beneficiando o consumidor que passa a ter acesso prévio ao valor do transporte individual, admitindo, assim, a comparação de preços;

b) **alocação eficiente de veículos**, pela qual ao motorista parceiro da UBER é permitido que utilize seu automóvel nas horas de pico e o mantenha paralisado nas horas de menor demanda. Igualmente, quando realiza o transporte de passageiro, representa um auto a menos nas vias, o que contribui com um melhor fluxo de trânsito e uma redução na emissão de poluentes;

c) **aumento da eficiência** do produto, ampliando ao consumidor a oferta e consequentemente o direito de escolha, o que induz a uma redução dos custos e preços dos serviços, e a um aperfeiçoamento da qualidade dos bens e serviços fornecidos, gerando um mercado competitivo benéfico à coletividade;

d) **criação de um mercado novo relevante**, com atendimento a uma demanda até então reprimida, conquistando novos clientes que não se utilizam do serviço de táxi;

e) incentivo à **inovação tecnológica**, por se tratar de uma novidade relevante que modifica, de forma fundamental e benéfica, a maioria das condicionantes econômicas comumente conhecidas.

Desta forma, sobressaem os benefícios oriundos do ingresso da plataforma no mercado de transporte individual de passageiros, gerando adições saudáveis à promoção do valor social, à competição leal, ao consumidor e à coletividade.

Prevalece, além disso, que tais benefícios se revelam tão saudáveis para a concorrência que contemplam todos os parâmetros elencados no parágrafo 6º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, capazes de “a) aumen-

tar a produtividade ou a competitividade, b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; e c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico” (inciso I); além de repassar aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (inciso II).

Com efeito, do ponto de vista do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, afigura-se inviável uma argumentação que defira a exclusividade ou o monopólio do exercício da atividade de transporte individual de passageiros aos titulares de licença de táxis.

As inovações tecnológicas, em sua grande maioria, tendem a originar melhorias que até então eram desconhecidas, ou, talvez, conhecidas porém ignoradas, e que convergem para impor ao mercado que este se adapte àquelas, e não o contrário, valorando o ganho social.

Vale lembrar a narrativa descrita por ESTEVES²⁴ na obra já citada, em que:

Deixando de lado as análises econômicas de equilíbrios parcial e geral, a história sugere que a trajetória dos transportes urbanos foi marcada por “*public takeovers*”, ou seja, tais serviços nasceram privados e se tornaram públicos por conta de suas imperfeições de mercado (assimetria de informação, externalidades, etc.). A própria regulação de táxis, como visto, foi instituída na cidade de Nova Iorque em resposta ao grande número de motoristas que passaram a circular por longas horas nas ruas em busca de clientes, gerando vários problemas. Por outro lado, a história mostra que a captura regulatória também esteve presente neste processo.

Diante do exposto, compreende-se que a sociedade impôs, quando necessário aos interesses da coletividade, uma regulação específica que ordenou o transporte individual de passageiros, na busca de solucionar imperfeições de mercado, estas que com o ingresso da plataforma UBER e semelhantes passam a inexistir, aproximando de um mercado perfeito competitivo.

Não há dúvida de que as atividades da nova plataforma podem ainda vir a provocar impactos econômicos negativos aos taxistas. Acontece que, como já revelado, a ampliação da concorrência converge a ser pro-

²⁴ ESTEVES. *Op. cit.*

veitosa para o consumidor e a busca de reserva de mercado para aqueles não se ajusta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

Portanto, não há elementos econômicos e concorrenciais que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual, impondo premiar as inovações que acarretem em benefício à coletividade. Neste brocado, o bem-estar coletivo é promovido quando as instituições asseguram a liberdade de iniciativa e de exercício, preservando a evolução de modo saudável.

Por fim, vale consignar que, ao tempo da feitura desta ocasião, o Congresso Nacional aprovou em 28.02.2018 texto de lei que regulamenta a atividade de transporte privado individual de passageiros por meio de aplicativos, reforçando os fundamentos defendidos neste estudo, o qual aguarda pela sanção presidencial.

Ad Argumentandum, vale acrescentar que o debate a respeito dos benefícios originados pelo ingresso da UBER – e plataformas semelhantes – está satisfeito e deve ser superado, afugentando qualquer intenção de proibição da atividade privada, pelo que impõe uma análise da matéria não pela ótica da concorrência predatória em face dos táxis, mas sim de possíveis praticas anticoncorrenciais de uma posição hegemônica da UBER pela qual permite-se a uniformização de preços e motoristas, tendentes a manipulá-los na forma aproximada a um cartel.

A própria plataforma neutraliza a concorrência entre os motoristas (transportadores autônomos) e os submetem a categorias iguais de prestação de serviço e cobrança, o que pode permitir, inclusive, a criação de barreiras de entradas de concorrentes diretos. Assim, em que pese ser tal paridade o que atribui qualidade e eficiência ao serviço, questiona-se se ao realizar tal uniformização, a Uber não estaria praticando ilícitos concorrenciais?

Neste apotegma, espera-se um estudo mais detalhado que adverte sobre os riscos de um mercado homogêneo, prevenindo a sociedade de práticas anticoncorrenciais, porém, pelo que se ressalta com os efeitos revelados até os tempos atuais, sob a ótica dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, a atividade da Uber é plenamente lícita e benéfica a toda coletividade.

Referências bibliográficas

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Tomo II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em: <<https://goo.gl/IDlrq8>>. Acesso em: mai 2017.

CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). *Reflexões em direito político e econômico*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012.

ESTEVES, Luiz Alberto. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Setembro/2015 (Documento de Trabalho 001/2015).

_____. *Rivalidade após entrada: o impacto do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Dezembro/2015 (Documento de Trabalho 003/2015).

FRAZÃO, Ana. *Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas?*, JOTA, Dezembro/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/E8uZob>>. Acesso em: 05/03/2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Parecer pro bono formulado em 23/11/2015*. Disponível em: <<https://goo.gl/VtjirY>> . Acesso em: 05/03/2018.

LEAL, Túlio Augusto Castelo Branco. *Aspectos Legais e Econômicos dos Serviços de Transporte Individual de Passageiros – Táxis, Uber e Serviços assemelhados*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Outubro/2016 (Texto para Discussão no 212). Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/estudos>> . Acesso em: 05/03/2018.

MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica: para o curso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo*. Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiro, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Cid Capobiango Soares de; SALES, Ana Carolina de. *Serviço de transporte da Uber tem respaldo na liberdade de profissão*. CONJUR, Janeiro/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Ko2iVK>> . Acesso em: 05/03/2018.

SANT'ANA, Jéssica. *Aplicativo expande e compara preços de passagens, hotéis e carros de aluguel*, Gazeta do Povo, nov/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/SCA7hS>> . Acesso em: 05/03/2018.

SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: o “caso Uber”*. Disponível em: <<https://goo.gl/e1wD6Z>> . Acesso em: 05/03/2018.

SCOCUGLIA, Livia. *Justiça de SP reconhece vínculo de emprego na Uber*, CONJUR, Abril/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Gnb6EK>> . Acesso em: 05/03/2018.

TAUFICK, Roberto D. *Vamos não falar de Über?*, JOTA, Abril/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/K8oRjR>> . Acesso em: 05/03/2018.

Henrique Esteves Alves Ferreira - Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. LLM em Direito Empresarial pela FGV/RJ. Advogado. Sócio do Escritório Alencar & Lopes Sociedade de Advogados. Telefone: 62. 98245-8246. E-mail: henrique@alencarelopes.com.br

Rafael Rocha de Macedo - Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Empresarial da PUC-GOÍÁS. Telefone 62. 98436-0093. E-mail: rafael@advrca.com.br

Neutralidade concorrencial e a indução econômica na tributação sobre o consumo

LEONARDO BUISSA FREITAS
LUCAS BEVILACQUA
GABRIEL BUISSA RIBEIRO DE FREITAS

Resumo: O presente artigo procede à análise da intervenção do Estado na economia através das normas tributárias indutoras explicitando em que medida o Estado atua nas relações de consumo por meio dessas. A partir da análise dos diferentes modos de intervenção do Estado na economia o trabalho passa a analisar a tributação como signo presuntivo da riqueza e as diferentes técnicas de incentivo e (des)incentivo sob a perspectiva da neutralidade.

Palavras-chave: Intervenção do Estado na economia. Indução econômica. Neutralidade. Consumo.

CONCORRENTIAL NEUTRALITY AND ECONOMIC INDUCTION IN CONSUMER TAXATION

Abstract: The present article proceeds to the analysis of the intervention of the State in the economy through the inductive tax rules explaining to what extent the State acts in the relations of consumption through these. From the analysis of the different ways of intervention of the State in the economy the work starts to analyze taxation as a presumptive sign of wealth and the different techniques of incentive and (dis) incentive from the perspective of neutrality.

Keywords: State intervention in the economy. Economical induction. Neutrality. Consumption.

Introdução

Nos últimos anos a intervenção do Estado no domínio econômico por meio de técnicas de incentivo e (des)incentivo ao consumo através da tributação foi uma constante a trazer graves repercussões não só nas finanças públicas, mas no próprio comportamento do consumidor.

O presente artigo tem por propósito investigar o fundamento teórico de tal intervenção a partir do referencial de Eros Roberto Grau que didaticamente categoriza os modos de intervenção do Estado, apresentando a atuação direta e a indireta do Estado no domínio econômico.

Em seguida empreende análise da influência da tributação no comportamento do consumidor na medida em que essa pode representar tanto um estímulo, quanto um desestímulo; o que em sede de tributação sobre o consumo (ICMS/IPI) apresenta efeitos muito particulares, tendo em vista a neutralidade concorrencial almejada pelo sistema, num patente diálogo entre a ordem econômica e a tributária.

Ao final o trabalho desvenda o suposto paradoxo entre intervenção do Estado na economia por meio da tributação e o princípio da neutralidade tributária, sinalizando ser aparente a aventada contradição.

Atuação estatal na economia

Eros Grau chama a forma direta de atuação na economia de intervenção no domínio econômico, em contraste com a forma indireta, que seria a intervenção sobre o domínio econômico. Na forma direta, o Estado assume o papel de agente econômico no mesmo nível do agente econômico privado. Atua, então, como “empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva quer sob forma de empresa pública quer sob o de sociedade de economia mista. Sob estas duas formas, pode atuar em regime concorrencial, equiparando-se a empresas privadas ou em regime monopolístico.”¹ A primeira se denomina intervenção direta por participação, enquanto a segunda seria por absorção.

Por outro lado, a intervenção indireta, denominada por Eros Grau como intervenção sobre o domínio econômico, se realiza quando o Estado atua como agente regulador da atividade econômica em sentido estrito. Tal função reguladora pode se dar ainda, na esteira da classificação do mencionado autor, por direção ou por indução.

No caso da intervenção por direção há a presença de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. O exemplo clássico é o do controle de preços, com tabelamentos e congelamentos. Neste caso a estrutura da norma é um imperativo cogente complementado por uma san-

¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

ção, caso tal imperativo não seja cumprido. Não pode poluir mais do que um patamar, emitir sons acima de tantos decibéis, não pode dirigir acima de uma velocidade, sob pena de multa aplicada pelo agente fiscalizador.

Já na intervenção por indução as normas não são cogentes, mas sim dispositivas, atuando o Estado de acordo com as leis que regem os mercados. Assim em vez de, por exemplo, proibir uma conduta, tornando-a ilícita, o legislador pode induzir o agente econômico a não realizá-la, sem que se considere a sua realização um ilícito, ensejador da correspondente sanção. Há, desse modo, a alternativa de se realizar ou não a conduta indesejada.

De igual forma, se a indução se manifestar em termos positivos, a sanção é então substituída pelo convite; estímulos e incentivos são oferecidos, cabendo ao destinatário da norma a alternativa de deixar-se seduzir ou não pela “oferta”. Penetra-se aí no universo do Direito premial. Com o crescimento da intervenção estatal na economia, a sanção-castigo é paulatinamente substituída pela sanção-premial. Observa-se, portanto, que as normas indutoras, diferentemente das normas de direção, não impõem um único comportamento.

Assim, a distinção entre normas de direção e de indução, do ponto de vista jurídico, se assenta a partir do grau de liberdade do administrado. Os agentes econômicos têm a liberdade de aderir ou não ao comportamento estimulado pela Administração, sendo a não adesão não considerada como um ilícito, porque o agente tem como escolher praticar ou não o comportamento, sopesando interesses e valores.

Aderindo ao comportamento desejado pela administração, o agente econômico recebe um prêmio, como acontece, por exemplo, para quem economizar energia, ganhará um bônus; quem efetuar o controle de dejetos, receberá um selo de qualidade; quem investir em determinado setor, em determinada região, receberá incentivos fiscais.

Tributação sobre o signo econômico do consumo

Preliminarmente, importa notar a lição de José Guilherme Xavier de Basto quando relata que a tributação do consumo cobre uma larga gama de tributos, de natureza diversa, não sendo fácil abranger tão vasto e

diversificado conjunto com uma definição por compreensão totalmente satisfatória.²

Acolhendo tal advertência, não se pretende conceituar o tributo sobre o consumo, mas somente apresentar as suas características identificadoras a indicar as vantagens e desvantagens de sua adoção como forma equânime e eficiente de alcançar a renda de determinado contribuinte, visando não somente fazer face às despesas públicas, distribuindo-as de forma isonômica entre os contribuintes, como também intervir, ainda que de forma indireta, na economia, num claro liame entre a ordem tributária e a ordem econômica.

Cumpra assinalar, primeiramente, que a tributação em questão deve partir do fato econômico consumo, cuja concepção hodierna envolve as diversas etapas existentes no processo produtivo. Tais etapas terminam por revelar um signo presuntivo de riqueza passível de ser tributado. O tributo não é sobre o bem em si, mas sim sobre a renda disponível para a aquisição de bens e serviços, na esteira do chamado fluxo circular de renda³.

Nessa vertente, sustenta Alessandra Machado Brandão Teixeira que a lei tributária brasileira, ao adotar como elemento tributável fatos econômicos como a produção de bens, a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, tem como objetivo atingir a renda consumida, alcançando a capacidade contributiva manifestada na possibilidade econômica de aquisição de bens e serviços por parte do consumidor.⁴

Insta salientar que o valor do fato jurídico-tributário em foco é o valor pelo qual a coisa ou o serviço foi consumido. Nesse aspecto, pontua Becker que esse valor se obtém convertendo-se a coisa ou o serviço numa cifra, sendo tal conversão alcançável ou pelo peso ou pela medida ou pelo custo de aquisição da coisa.⁵ Resta nítido que o imposto sobre o consumo incide sobre as despesas efetuadas pelos consumidores, ou seja, na renda consumida.

² BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e sua coordenação internacional: lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Européia*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991. p. 11.

³ MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1973. p. 208-212.

⁴ TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *A tributação sobre o consumo de bens e serviços*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 42.

⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 412.

Nesse sentido, cabe estipular que a tributação é sempre na renda, auferida, poupada ou consumida, o que, na esteira do ensinamento de Schoueri, desfaz a ideia de que exista um tributo sobre o produto. Assevera o professor das Arcadas que se alcança, desse modo, a renda de quem efetua a venda (renda auferida) ou de quem consome a renda (renda consumida), sendo o ato de consumo a manifestação da capacidade de contribuir.⁶

De fato, a tributação sobre o consumo incide sobre a renda consumida, num dos momentos temporais do ciclo da renda e, ainda que esteja embutida no preço da mercadoria, na sistemática conhecida como tributação indireta, não tem o condão de retirar a realidade de que parte da riqueza é transferida do setor privado para o setor público, num nítido exemplo da função alocativa da atuação financeira do Estado.⁷ Parcela da riqueza deixa o setor privado e vai para os cofres públicos, embora utilizando como veículo, para percorrer tal trajeto, o preço da mercadoria.

Influência da tributação sobre o consumo na economia

John Due apresenta três argumentos básicos para justificar o uso da tributação sobre vendas (*sales taxation*), comparando essa espécie tributária com a tributação sobre a renda: i) a superioridade da tributação do consumo sob o ponto de vista dos efeitos sobre a economia, sobre o crescimento econômico e sobre o controle da inflação; ii) a superioridade sob a perspectiva da administração, com menos custo de conformidade e mais simplicidade; iii) a necessidade de fontes autônomas de recursos para os entes federados no sistema federal.⁸ Esses três argumentos justificam a irretorquível importância da tributação sobre a renda consumida tanto para a questão fiscal do Estado, como também, e principalmente, pela influência sobre a ordem econômica, como se observa no curso deste trabalho, notadamente no capítulo terceiro.

Cumprе destacar, porém, que o autor em comento usa como referência um imposto sobre vendas, o que difere do imposto plurifásico

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71.

⁸ DUE, John. *Sales taxation*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957. p. 31.

e não cumulativo, como ocorre no sistema tributário pátrio, no âmbito federal e estadual, no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e no Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Fazendo um paralelo entre as vantagens arroladas no parágrafo anterior e a realidade da tributação do consumo no Brasil, constata-se que os efeitos na economia são nítidos, como se percebe ao longo deste trabalho, especificamente ao se trabalhar temas como a neutralidade e a indução econômica.

Por enquanto, insta observar que a tributação incidente sobre a renda consumida exerce influência direta na seara econômica, quer decorrente da sua própria fiscalidade, do sistema de referência do tributo, ou seja, do fato de que a carga tributária se veicula por meio do preço, o que pode influenciar a produção, a circulação e a demanda, a depender da maior ou menor elasticidade, quer resultando da função extrafiscal assumida por essa modalidade de tributo, por meio de normas tributárias indutoras como os incentivos fiscais, regionais e setoriais.

Retornando à lição de Due, vê-se que a simplicidade e o menor custo de conformidade são apresentados como vantagens da tributação sobre o consumo. À primeira vista, soa estranha tal argumentação, tendo em vista a realidade brasileira, na qual se vislumbra a presença de tributos sobre o consumo cumulativos e não cumulativos, de competência de todos os entes da Federação, incidentes sobre hipóteses abstratas, cuja proximidade enseja a bitributação, o que aponta para uma complexidade enorme, com um cipoal de regras jurídicas superpostas a regular obrigações principais e acessórias. Simplicidade e baixo custo de conformidade não são, absolutamente, características da tributação do consumo no sistema brasileiro.

Entretanto, não se pode perder de vista que, numa concepção teórica e ideal, a ponderação do autor em análise está correta, especialmente ao se considerar o imposto de vendas nos moldes do cobrado nos Estados Unidos. Ora, um imposto monofásico no final da cadeia produtiva, quando o consumidor final adquire o produto, tem como característica inerente ao seu fato gerador a simplicidade. Ocorrida a venda, há a incidência. Nada mais simples. Daí decorre uma obrigação acessória que tende a não ser muito complexa, consistente, regra geral, na emissão de

uma nota ou recibo e, no máximo, no lançamento em algum livro fiscal. Nessa perspectiva, correta a indicação de Due.

A terceira justificativa do jurista em comento serve como uma luva para o sistema pátrio. Ainda que falando de forma geral, mas mirando no sistema norte-americano, Due sinaliza a importância da tributação sobre o consumo para a garantia de fontes autônomas de recursos. Essa função claramente arrecadadora do imposto do consumo se encontra presente na Federação brasileira.

Se, por um lado, há a vantagem da autonomia financeira, ínsita à Federação, de outro, a sistemática de conferir competência tributária aos entes subnacionais tem revelado o costume de se utilizar a tributação sobre o consumo para gerar competição entre os entes federativos, não somente na busca de receita tributária, como também na procura por investimentos, prática que vem sendo conhecida pelo nome de guerra fiscal.

James Buchanan, por sua vez, aponta como a principal vantagem de um imposto geral sobre vendas a sua produtividade em relação aos custos de cobrança. Afirmar que raras vezes os custos de administrar esse imposto ultrapassam dois por cento dos ingressos totais recebidos.⁹ Esses baixos custos foram indicados também por Due, como relatado anteriormente, inclusive servindo para angariar grandes somas de dinheiro, mesmo com baixas alíquotas¹⁰, o que aponta para o caráter produtivo de tal espécie tributária.¹¹

A produtividade do tributo sobre o consumo é manifesta, ainda que se possa ponderar que na sistemática multifásica e não cumulativa prevalente no sistema brasileiro não se dispõe de uma fórmula simples. De todo modo, a depender da base de cálculo, podem ser utilizadas alíquotas módicas, gerando, para o Estado, uma considerável arrecadação.

Por isso a concorrência fiscal entre os entes federativos e também a incidência sobre produtos que, sem embargo de essenciais, sofrem acentuada tributação pela facilidade na sua arrecadação, decorrente da necessidade e do volume do seu consumo. Tal se observa no ICMS sobre energia elétrica e sobre combustíveis, cuja produtividade termina

⁹ BUCHANAN, James. *Hacienda pública*. Madrid: Espanhola Editorial de Derecho Financiero, 1965. p. 525.

¹⁰ DUE, John. *Sales taxation*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957. p. 30.

¹¹ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 399.

por afrontar a justiça fiscal, desprezando a capacidade contributiva do consumidor, em manifesto descumprimento ao princípio específico da seletividade.

Outra vantagem apontada por Buchanan é a capacidade de o tributo sobre o consumo estender os custos do Governo aos indivíduos ou grupos da população que, de outro modo, escapariam ao imposto. Famílias de baixa renda, em regra, ficam excluídas do imposto de renda, quer por não apresentarem capacidade contributiva, quer por serem beneficiárias de isenções e deduções. Com o imposto sobre o consumo, também essa parcela da sociedade participaria dos custos do governo e poderia ter consciência fiscal¹², tema a ser tratado logo a seguir.

A vantagem aqui indicada está historicamente ligada à necessidade de se atingir a nobreza e o clero, que ficavam à margem da tributação, cuja incidência se dava basicamente sobre o patrimônio. No consumo, todos pagam. Entretanto, dependendo da elasticidade, incide economicamente sobre o adquirente final. Este, por sua vez, pode não ter capacidade contributiva, o que torna o tributo em questão injusto, com patente efeito regressivo.

Para contrapor este deletério efeito, a Constituição Federal preconiza a adoção da seletividade conforme a essencialidade do produto, vale dizer, tributando-se mais severamente produtos supérfluos e atenuando a tributação incidente sobre produtos necessários à toda a sociedade, em especial às camadas mais empobrecidas, convertendo-se em instrumento de diminuição da desigualdade socioeconômica.

Consciência fiscal e proteção ao consumidor

A questão da consciência fiscal atrás mencionada, gerando resistência à tributação injusta, assume grande relevância, uma vez que, a partir do momento em que o cidadão toma consciência de sua participação no financiamento das despesas públicas, passa a preocupar-se mais com as políticas públicas, cobrando e fiscalizando a aplicação dos recursos obtidos pela atividade financeira do Estado.

¹² BUCHANAN, James. *Hacienda pública*. Madrid: Espanhola Editorial de Derecho Financiero, 1965. p. 525-526.

Entretanto, a carência de consciência fiscal é uma constante na tributação sobre o consumo, visto que o tributo se encontra alojado no preço da mercadoria, sendo trasladado para o consumidor final, passando despercebido por larga parcela da sociedade.

A propósito, o próprio Buchanan apresenta como grande desvantagem da tributação sobre a renda consumida a falta de consciência fiscal. Para o autor, na tributação sobre o consumo os indivíduos não se tornam conscientes dos custos reais do que lhes é exigido individualmente, não podendo, por conseguinte, comparar corretamente as vantagens produzidas pelos serviços do governo que são financiados pelo imposto.¹³

Segundo Baleeiro, a expressão consciência fiscal se traduz no estado de espírito de quem sabe em quanto montam aproximadamente os seus sacrifícios de dinheiro para a manutenção dos serviços públicos.¹⁴ Para Hugo de Brito Machado, a consciência fiscal é a mais importante das limitações ao poder de tributar, já que é uma limitação substancial, sendo praticamente impossível a sua remoção.¹⁵ Mesmo concordando substancialmente com as ponderações do ínclito professor, não é possível verificar que a consciência fiscal, uma vez alcançada, permaneça, de forma espontânea, indefinidamente. Para que seja conquistada e preservada tal consciência é mister a tutela do ordenamento jurídico.

Daí a importância que a regra esculpida no § 5º, do artigo 150, do Texto Constitucional, possui ao estipular que a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços.

A Lei nº 12.741/2012 regulamentou o dispositivo constitucional supra, estabelecendo as medidas de esclarecimento ao consumidor, prevendo que dos documentos fiscais ou equivalentes, emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo o território nacional, deverá constar a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda (artigo 1º). Assim, o sistema tributário brasileiro, aliado ao sistema de proteção ao

¹³ BUCHANAN, James. *Hacienda pública*. Madrid: Espanhola Editorial de Derecho Financiero, 1965. p. 526.

¹⁴ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed., 6. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 183.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Tributação indireta no Direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação indireta no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros; Fortaleza: ICET - Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2013. p. 207.

consumidor, tenta proteger a transparência na exação, o que tem o condão de fomentar a consciência e, por conseguinte, a resistência fiscal.

Essa consciência de quem arca com as despesas públicas é de grande importância para que o cidadão se veja como contribuinte, o que fortalece sobremodo a democracia, uma vez que cada indivíduo passa a ser cômico de que a coisa pública lhe pertence e que ele colabora com o gasto público.

Na outra ponta de tal consciência do contribuinte se aloja a responsabilidade política na tributação. Sobre o tema, Schoueri assinala que, em matéria tributária, a responsabilidade política, ensejadora de transparência por parte dos governos, implica saber quem está pagando e quem está se beneficiando.¹⁶

Com efeito, pequena parcela da população alcançada por impostos diretos e pessoais sente claramente o peso dos gastos governamentais, enquanto a maior parte dela, ainda que alcançada pelos efeitos da tributação indireta, parece acreditar não ser tributada. Segundo Baleeiro, esta anestesia fiscal é uma característica dos impostos sobre o consumo¹⁷, em que o comprador de mercadorias ou o tomador de serviços simplesmente desconsidera que a tributação recai sobre si, ainda que embutida no preço cobrado. Aparece, então, com nitidez, a chamada imperceptibilidade, tão própria dos impostos indiretos, quando o ônus fiscal do cidadão não é ou é escassamente notado.¹⁸

Pode-se vislumbrar, portanto, ser a falta de consciência fiscal, a imperceptibilidade do tributo, rendendo ensejo a uma espécie de anestesia fiscal, a alienar aquele que efetivamente arca com o tributo, basilar desvantagem da tributação incidente sobre o consumo, mormente ao se considerar a chamada incidência econômica e a repercussão nos tributos indiretos, a apontar pela oneração do consumidor final.

Neutralidade econômica e tributação sobre o consumo

Inicialmente, na esteira do ensinamento de Paulo Caliendo, cumpre fixar os seguintes pressupostos metodológicos para informar o que

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

¹⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed., 6. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 184.

¹⁸ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 397.

se desenvolve em parágrafos subsequentes: i) o sistema da economia e o sistema tributário possuem coerência intersistemática; ii) o princípio da neutralidade e o princípio da justiça fiscal possuem coerência intersistemática.¹⁹ Partindo de tais pressupostos, o autor em comentário sintetiza que a neutralidade recebe informações do subsistema da economia que exige uma neutralidade econômica, ou seja, a menor produção de efeitos por parte da tributação nas escolhas dos agentes econômicos, e lerá essas informações pela linguagem jurídica, considerando especialmente a eficiência econômica e a justiça.²⁰

Ao tratar da neutralidade, Luís Eduardo Schoueri se filia a seu aspecto concorrencial, abstraído diretamente da livre concorrência como princípio da ordem econômica na Constituição de 1988 (art. 170, IV). Leciona Schoueri que dois são os aspectos da livre concorrência: um negativo, a determinar uma abstenção do Poder Público no domínio econômico; e um positivo, quando prescrito ao Poder Público uma intervenção no domínio econômico justamente com o propósito de corrigir falhas de mercado, conferindo igualdade de condições entre particulares a propiciar, assim, neutralidade concorrencial.²¹

Carlos Otávio Ferreira de Almeida, na linha do entendimento de Schoueri, pontua que “[...] a oferta de incentivos como isenção do imposto por prazo determinado [...] não deverá resultar em quebra da igualdade de condições de competir no mercado aberto”. Em seguida, ao exemplificar com incentivos regionais e setoriais, conclui tratar-se a neutralidade concorrencial de princípio econômico consectário da solidariedade.²²

Muito embora as reconhecidas lições de Schoueri ao tratar da neutralidade concorrencial, o presente trabalho aborda a aplicação do *princípio do país do destino* sob a perspectiva exclusiva da neutralidade tributária, o que inevitavelmente alcança alguns aspectos concorrenciais, porém, não aprofunda a neutralidade concorrencial.

¹⁹ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 505-506.

²⁰ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 523.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. *Grandes questões atuais de Direito Tributário*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11, p. 242.

²² ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação internacional da renda* – a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica. São Paulo: Quartier Latin/IBT, 2014. p. 153. (Série Tributária, v. 12).

Para José Luís Brazuna, a introdução do art. 146-A, por meio da Emenda Constitucional nº 42/2003, consagrou o princípio da neutralidade tributária, vez que tornou-o explícito no texto da Constituição de 1988.²³

Para Fernando Facury Scaff a neutralidade tributária é consectária do princípio constitucional da igualdade tributária (art. 150, II). Nesse sentido, Paulo Calliando, ao tratar da aplicação do princípio da neutralidade tributária registra que no Brasil “[...] diversas decisões judiciais têm sido proferidas com o sentido de especificar o sentido da neutralidade fiscal ao caso do ICMS.”²⁴

Com efeito, urge notar que a neutralidade tributária é um princípio que gravita ao redor da igualdade, militando a favor da coerência do sistema, uma vez que se considera neutro o sistema que não interfira na otimização da alocação dos meios de produção, não ocasionando distorções e conferindo, portanto, segurança jurídica para o livre exercício da atividade pelo agente econômico.²⁵ Vê-se, portanto, que a neutralidade tributária persegue o ideal de diminuir os efeitos da tributação sobre a decisão dos agentes econômicos, evitando distorções e consequentes ineficiências na atividade econômica.²⁶

Cumprido ponderar, todavia, que a não distorção absoluta na atuação dos agentes econômicos se apresenta como um objetivo inalcançável, verdadeiro mito doutrinário. Como bem pontua Schoueri, as bases adotadas para a tributação provocam sempre alguma distorção no comportamento dos agentes. O raciocínio do professor das Arcadas é o seguinte:

...se a tributação se vincula a um comportamento ou situação relativa a um contribuinte, basta que este comportamento não seja adotado, ou que esta situação seja afastada, para que não seja devido o tributo. Assim, o contribuinte tem o estímulo, por parte do

²³ BRAZUNA, José Luís R. *Defesa da concorrência e tributação* – à luz do art. 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2009. p. 61.

²⁴ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal – conceito e aplicação. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 539.

²⁵ ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Revista Direito Tributário Atual*, n. 19. São Paulo: IBDT/Dialética, 2005. p. 24-25.

²⁶ CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 26.

legislador tributário, para deixar de adotar um comportamento (ou desestímulo para adotar outro).²⁷

Percebe-se, então, que a tributação enseja a alteração da situação original, pelo que a neutralidade absoluta simplesmente inexiste no mundo real. De toda forma, quando se fala em neutralidade está se referindo a situações em que os agentes seriam movidos por outros motivos que não o tributário; a tributação deveria, pois, ser a mais neutra possível, vale dizer, não deveria ser um elemento fundamental de decisão do ator econômico nas suas escolhas de investimento, não podendo se constituir em um elemento de distorção do sistema econômico, de diminuição da eficiência e, enfim, de obstáculo ao desenvolvimento.²⁸

Porém, cabe lembrar que a neutralidade clássica, pura, absoluta, vem sofrendo ácidas críticas da doutrina, visto que, nessa concepção, tal princípio conduziria, de forma rígida, à busca de um tributo que não afetasse o comportamento dos agentes econômicos, o que é uma ideia utópica, já que a tributação, em maior ou menor grau, exerce influência sobre o comportamento dos contribuintes.²⁹

Com efeito, pela teoria econômica clássica há uma rígida separação entre finanças públicas e economia, prevalecendo a neutralidade financeira. Sintetizando tal concepção, Sousa Franco leciona que a atividade financeira deve decorrer de forma que não cause distorções da atividade econômica privada (deve 'deixar a economia como estava antes' de pagar o imposto ou suportar a despesa, ou o mais perto possível...).³⁰

Abordando tal visão da neutralidade, Brazuna assevera que ela deriva da chamada regra de Edimburgo, traduzida na máxima da *leave-them-as-you-find-them rule of taxation*, que seria, na análise do autor, utópica e irreal, uma vez que a imposição tributária leva necessariamente aos fenômenos da repercussão econômica, da incidência econômica ou difusão, em conformidade com o grau de elasticidade da demanda ou

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33.

²⁸ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 536.

²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007. p. 253.

³⁰ FRANCO, Antônio L. de Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro*. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 55.

da oferta do mercado.³¹ Nessa ideologia, inconcebível a utilização de tributos com efeito indutor da economia, pelo que haveria insuperável incongruência lógica entre a neutralidade do tributo sobre o consumo e o efeito indutor de tais normas tributárias.

Todavia, existe irretorquível interface entre a ordem tributária e a ordem econômica, devendo aquele ramo do Direito ser estudado com umbilical ligação aos postulados de Direito Econômico. Assim, o imposto assume não somente efeito arrecadador, mas também de indução econômica. Arrecadação e indução econômica são efeitos da tributação, ambas com justificação constitucional e em relação simbiótica.³²

A neutralidade não pode, então, ser vislumbrada com o enfoque clássico da simples não intervenção estatal de qualquer forma, mesmo porque ela se mostra incabível e impossível modernamente. Na esteira da lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, observa-se que a experiência constitucional iniciada no século passado evoluiu do Estado com a função de bloqueio para um modelo de Estado com a função de legitimação das aspirações sociais.³³

Nesse contexto, pode-se visualizar que o cidadão percebe o Estado menos como um oponente e mais como um guardião da liberdade³⁴, pelo que neutralidade tributária não necessita ser acolhida como princípio absoluto, encontrando-se em perfeita harmonia com outros princípios das ordens constitucionais tributária e econômica, havendo constante interação, surgindo, com isso, a ideia de ponderação.³⁵

No mesmo sentido, Brazuna conclui que o princípio da neutralidade tributária não aparece mais como absoluta ausência de intervenção estatal na ordem econômica, mas, ao contrário, como “intervenção realizada por meio da tributação com a finalidade de corrigir as deficiências

³¹ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 141-142. (Série Doutrina Tributária, v. II).

³² SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 150.

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito Tributário* – Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998. p. 276.

³⁴ ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Revista Direito Tributário Atual*, n. 19. São Paulo: IBDT/Dialética, 2005. p. 29.

³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007. p. 247-248.

das leis do mercado ou os desvios de comportamento e realizar os demais objetivos da nossa ordem econômica.”³⁶

Assim, a ideia moderna de neutralidade tributária, por estar fundamentalmente ligada à isonomia e tendo por escopo garantir a livre concorrência dos agentes econômicos não se mostra contrária à intervenção estatal, estando presente tanto na correção de imperfeições dos mecanismos de mercado, numa motivação “de caráter negativo”³⁷, corrigindo as chamadas falhas de mercado³⁸, assim como na atuação positiva do Estado, em que há um inconformismo com a realidade econômica existente³⁹, propondo-se princípios, regras e metas para modificá-lo, consolidando um conjunto de políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico.

Há de se conferir, pois, um sentido teleológico à neutralidade tributária. Nesse diapasão, esclarecedora a lição de Schoueri, para quem há um sentido próprio para a neutralidade fiscal, devendo se considerar o seu viés concorrencial, ou seja, a norma tributária não deve afetar o mercado em sentido diverso daquele preconizado pelo texto constitucional. Assim, se o artigo 170, IV, ressalta a livre concorrência, a neutralidade tributária exigirá que o resultado da norma tributária não seja a redução do grau de concorrência do mercado.⁴⁰

No mesmo sentido, pontua Fernando Facury Scaff ser um dos requisitos para o exercício da livre concorrência que os tributos sejam economicamente neutros para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas em um mesmo mercado. Vislumbra nesse requisito a presença do “Princípio da Neutralidade Econômica dos Tributos, que impede que este tipo de ‘intervenção econômica’ do Estado cause desequilíbrios concorrenciais.”⁴¹ A lição do professor das Arcadas exalta a neutralidade concorrencial em seu viés negativo, apontando que a po-

³⁶ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 143. (Série Doutrina Tributária, v. II).

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 72-73.

³⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 138-167.

³⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79-103.

⁴⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Restrições à atividade econômica do contribuinte na substituição tributária e livre concorrência. In: FERREIRA NETO, Arthur; MICHELE, Rafael (Coord.). *Curso avançado de substituição tributária*. São Paulo: IOB, 2010. p. 522.

⁴¹ SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal, ICMS e serviços telefônicos pré-pagos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 126, p. 78, 2006.

lítica fiscal não deve ser utilizada para prejudicar o mecanismo concorrencial do mercado.

Nesse assunto, Ricardo Seibel Freitas Lima indica que a neutralidade tributária pode ser vislumbrada de forma negativa e positiva. Há, pois, o dever negativo ou de omissão ao Estado de não interferir na concorrência por meio da tributação. Por outro lado, surge o dever positivo ou de ação, de prevenir ou restaurar, quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência.⁴² Na mesma vertente, estabelecendo uma vinculação negativa e positiva da neutralidade com a concorrência, Fritz Neumark sustenta que a neutralidade é o caminho pelo qual: i) evita-se que a tributação interfira onde haja concorrência quase perfeita; ii) estimula-se a concorrência quando ela for imperfeita, reduzindo efeitos social e economicamente indesejados.⁴³

Enfim, a concepção moderna de neutralidade objetiva mitigar as distorções econômicas que os tributos geram ao influenciar a formação de preços. Assim, pondera Maito da Silveira que “o direito é chamado a corrigir efeitos econômicos que a imposição de tributos gera, especialmente aqueles que causam desequilíbrios na concorrência, efeitos esses que se contrapõem, portanto, à noção de neutralidade econômica.”⁴⁴

Calibrar a justa pressão entre a não interferência na liberdade concorrencial e a necessária intervenção estatal, por direção ou indução, para evitar ou mitigar distorções econômicas, se apresenta de curial relevância para que o veículo da economia circule rumo ao desenvolvimento desejado pelo constituinte de 1988.

Paradoxo entre a neutralidade e a indução econômica na tributação sobre o consumo

Primeiramente, cumpre observar a lição de Paulo Caliendo ao asseverar que “o sentido da neutralidade fiscal está na idéia de que a tributação tem essencialmente um sentido cidadão de estabelecer a correta

⁴² LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 133 e 135.

⁴³ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974. p. 317.

⁴⁴ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 41. (Série Doutrina Tributária, v. IV).

tributação à manutenção da esfera pública e não um mecanismo de intervenção econômica.” Com isso, conclui que ela deve ser o mais neutra possível, sendo que a utilização da função extrafiscal deve ser “residual, motivada e, se possível, temporária.”⁴⁵

Apresentando a mesma concepção, com enfoque mais específico na tributação sobre o consumo, assinala Osvaldo Santos de Carvalho ser comum se ter “a neutralidade como característica de determinados tributos, notadamente nos incidentes sobre o consumo, em que o verbete é entendido como impeditivo ao tributo exercer outras finalidades das simplesmente arrecadatórias, assim se tendo a neutralidade em oposição à extrafiscalidade.”⁴⁶

Parece, portanto, existir uma insuperável incompatibilidade entre a neutralidade e a extrafiscalidade, devendo a tributação sobre o consumo ser regida a partir do primeiro princípio, vedada a utilização de normas tributárias indutoras nesse setor.

Assim, adotando-se integralmente essa concepção, poderiam ser considerados inconstitucionais os incentivos fiscais corriqueiramente concedidos no campo da tributação sobre o consumo, uma vez que, *a priori*, vulnerariam a neutralidade, princípio presente tanto na ordem tributária, como consequência da isonomia, quanto na ordem econômica, uma vez que ligada à livre concorrência, princípio econômico explícito, esculpido na Carta brasileira de 1988.

Entretanto, cabe assinalar que a contradição entre neutralidade e indução é somente aparente, já que a acepção hodierna de neutralidade guarda umbilical ligação com a preservação da concorrência. Adota-se, portanto, o entendimento adequadamente sintetizado por José Luís Ribeiro Brazuna ao asseverar que “quando se entende a neutralidade tributária sob o enfoque da ausência de efeitos contrários à livre concorrência, percebe-se que se trata de princípio coerente com a realidade de indução e extrafiscalidade impregnada no texto constitucional.”⁴⁷

⁴⁵ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 536.

⁴⁶ CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 63.

⁴⁷ BRAZUNA, José Luís Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 143. (Série Doutrina Tributária, v. II).

Neste contexto, impende fixar que os incentivos fiscais se apresentam como normas tributárias com função indutora, estimulando ou desestimulando condutas por parte do agente econômico. Releva notar que, nos incentivos fiscais, demonstra ser somente aparente a contradição entre neutralidade e indução. Isso porque, apesar de ser um claro exemplo de norma tributária de eficácia indutora ao atrair, por exemplo, investimentos para determinada região do país, objetivando diminuir as desigualdades regionais, os incentivos devem também respeitar os limites estabelecidos pela neutralidade tributária⁴⁸, notadamente a neutralidade na sua acepção moderna, vale dizer, com viés concorrencial.

No mesmo diapasão, Rodrigo Maito da Silveira aponta para os efeitos anticoncorrenciais da guerra fiscal, assinalando que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já se manifestou a respeito deles e afirmou que retira a eficiência e a produtividade das empresas, permitindo práticas predatórias na concorrência, como também gerando incerteza e insegurança.⁴⁹

Com isso, os incentivos, para estarem de acordo com os ditames constitucionais, especialmente com o princípio econômico da livre concorrência, previsto no artigo 170, IV, do Texto Constitucional, não podem vulnerar a igualdade tributária, assunto também desenvolvido no último capítulo do trabalho. Nesse sentido, pondera Scaff que um dos requisitos para o exercício da livre-concorrência – que tem por base primordial o princípio da isonomia – é que os tributos sejam economicamente neutros para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas em um mesmo mercado relevante.⁵⁰

Assim, incentivos que promovam ganhos artificiais, não decorrentes do embate concorrencial, terminam por ferir tanto a neutralidade quanto a própria indução a que eles se propõem, já que não conduzem ao efetivo desenvolvimento nacional, objetivo da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso II, do artigo 3º da Constituição.

No Direito Tributário atual, o tributo assume, além da função de obter recursos para fazer face às despesas públicas, conforme um dado

⁴⁸ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação* – à luz do Artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 187. (Série Doutrina Tributária, v. II).

⁴⁹ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 177-180. (Série Doutrina Tributária, v. IV).

⁵⁰ SCAFF, Fernando Facury. Tributação, livre-concorrência e incentivos fiscais. In: NUSDEO, Fábio. *O Direito Econômico na atualidade*. São Paulo: RT, 2014. p. 306.

critério que garanta a justiça fiscal, funções outras, de caráter extrafiscal, notadamente de eficácia indutora, intervindo de forma indireta na seara econômica. Há, como antes salientado, uma aparente contradição entre neutralidade e indução, pelo que se torna necessária a análise de tais conceitos no afã de se confirmar ou infirmar a existência do aludido paradoxo.

Elasticidade, neutralidade e indução econômica na tributação sobre o consumo

Insta apreciar, nesta parte do presente ensaio, o liame entre a elasticidade e a neutralidade na tributação sobre o consumo. Nesse tema, Paulo Caliendo informa que os efeitos da tributação sobre o consumo dependem da capacidade de realizarem escolhas econômicas e mudanças de comportamento, de modo que quanto menor for tal capacidade, menor será a elasticidade desta situação.⁵¹

Schoueri comenta que a elasticidade reflete a disposição do comprador ou vendedor para mudar de atitude, conforme mude o preço de uma mercadoria. Complementa aduzindo que “se a demanda é mais elástica, qualquer pequena variação de preço implicará um grande recuo ou avanço por parte dos compradores; na demanda inelástica, os compradores adquirirão a mesma quantidade do produto, não importa a variação de preço.”⁵²

Pode-se inferir, então, que quando houver elasticidade na demanda ou mesmo na oferta ocorrerá, em regra, alteração no preço. Pode-se então lançar mão do efeito indutor quando houver elasticidade; o preço para maior pode retraindo a demanda, assim como a redução pode incentivar a procura, aquecendo o mercado. Assim, no caso de inflação de demanda, em que os preços sobem em decorrência de uma procura maior do que a oferta, o aumento da carga tributária sobre o consumo poderá inibi-lo, induzindo os preços a não mais evoluírem, retornando inclusive a patamares anteriores. De outro modo, havendo recessão na economia, a diminuição da tributação incidente sobre bens e serviços pode induzir

⁵¹ CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 522.

⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

ao consumo e, por consequência, ao aumento da produção, num movimento de recuperação da economia.

Pelos exemplos antes apresentados, conclui-se que a neutralidade aparece com mais nitidez quando há inelasticidade, uma vez que, em sendo elástica a demanda ou a oferta, os preços tendem a flutuar com a intervenção estatal sobre a economia, por meio de normas tributárias indutoras. Na tributação sobre setores rígidos, inelásticos, como acontece no festejado exemplo do sal, pouco importa o aumento ou a redução da carga tributária, uma vez que quase nada influencia na oferta e na demanda, ainda que os preços possam oscilar, já que é pouco provável que os consumidores deixem de comprar o sal porque seu preço subiu ou passem a pôr mais sal na comida por ter o preço reduzido.⁵³

Nesse sentido, demonstrando que em um mercado inelástico o aumento ou a diminuição da carga tributária pouco induz no comportamento do contribuinte, Martha Toríbio Leão analisa a situação do imposto sobre produtos industrializados, IPI, incidente sobre o consumo de cigarros. Sustenta que “o mercado consumidor de cigarros, ao lado dos mercados de medicamentos e de álcool, são exemplos de mercado inelástico, isto é, mercados nos quais a demanda se mantém inalterada, mesmo diante de alterações na oferta ou em agentes externos, como é o caso da tributação.”⁵⁴ Com isso, argumenta que as alterações na carga tributária, ainda que drásticas, não repercutem fortemente no consumo, não sendo possível estabelecer uma vinculação direta entre o aumento da carga tributária e a diminuição do consumo de cigarro⁵⁵, concluindo que a única garantia é que a alíquota majorada gerará um aumento de arrecadação.⁵⁶

A situação reportada no parágrafo anterior confirma o que já se aduziu anteriormente, ou seja, a de que, em sistemas inelásticos, a neutralidade tributária aparece com mais nitidez, haja vista que a alteração na carga tributária pouca influência exerce sobre os agentes econômicos, não ensejando incentivo ou desincentivo nas suas condutas negociais.

⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

⁵⁴ LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 183-184. (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

⁵⁵ LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 184; 186-187. (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

⁵⁶ LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 183. (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

Por outro lado, na pesquisa em análise, a autora aponta a elasticidade presente no IPI incidente em veículos automotores. Assinala que o Governo vem adotando com frequência a diminuição do Imposto sobre Produtos Industrializados para induzir o consumo de certos produtos no afã de fomentar o mercado interno. Assim, corriqueiramente vêm sendo utilizados incentivos fiscais na indústria automotiva, como também para eletrodomésticos da linha branca, móveis e materiais de construção⁵⁷, mormente em época de estagnação ou diminuição do ritmo de crescimento da economia.

Percebe-se, portanto, que, quando há mais elasticidade, o aumento ou a diminuição da tributação incidente sobre determinado setor da economia termina por influenciar diretamente na composição dos preços e, por conseguinte, na menor ou maior procura do produto em questão, utilizando-se desse subterfúgio para incrementar as relações negociais, colimando o fortalecimento do mercado consumidor interno.

Considerações finais

Pode-se constatar, então, que a neutralidade objetivada pela tributação sobre o consumo apresenta um conflito somente aparente com a intervenção estatal por indução. A tributação da renda consumida mantém, como uma de suas principais características, ser neutra, ao menos para fins concorrenciais, o que não a impede de ser utilizada para intervenção estatal na economia. Tal intervenção, entretanto, não deve ser realizada de modo a desequilibrar a concorrência, mas sim de forma a restaurar e fortalecer o princípio da livre concorrência.

Assim, numa determinada situação fática, pode haver a necessidade de se realizar uma decisão de ponderação entre a neutralidade para garantir a liberdade concorrencial e a intervenção por indução, especialmente por meio dos incentivos fiscais, para garantir o desenvolvimento nacional com a redução das desigualdades sociais. Presentes, então, dois princípios plasmados na ordem econômica; a livre concorrência, no inciso IV, e a diminuição das desigualdades regionais, no inciso VII, ambos do artigo 170 da Constituição.

⁵⁷ LEÃO, Martha Toribio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 191. (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

Não se pode, a princípio, creditar superioridade a qualquer deles. Todavia, não há entre eles, um advindo da neutralidade e outro da indução econômica, um efetivo paradoxo, mas sim uma complementaridade, alcançada pela ponderação de valores.

Pelo abordado, observa-se que as normas de promoção da neutralidade tributária são realizadoras do princípio da isonomia, pois implícita na livre concorrência estará também a garantia da igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos.⁵⁸ Por isso, o paradoxo neutralidade e indução é só aparente, já que a neutralidade tributária não tem o peso da não intervenção absoluta na economia, ocorrendo, como pondera Schoueri, uma “neutralidade da tributação em relação à livre concorrência, visando a garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado.”⁵⁹

Assim sendo, a tributação sobre o consumo deve ser informada pela neutralidade concorrencial, fundamento do sistema econômico preconizado pela Carta de 1988, sem deixar de ser instrumento a intervenção estatal por indução, prática explicitamente adotada pelo legislador constituinte que, inconformado com a ordem social e econômica encontrada em 1988, enumerou uma série de valores sobre os quais se deveria firmar o Estado, dotando-o de ferramentas hábeis para concretizar uma nova ordem.⁶⁰

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação internacional da renda – a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica*. São Paulo: Quartier Latin/IBT, 2014.

BALEEIRO, *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. 6. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

⁵⁸ BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 144. (Série Doutrina Tributária, v. II).

⁵⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007. p. 254.

⁶⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007. p. 247.

BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e sua coordenação internacional: lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Europeia*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação – à luz do Artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 150. (Série Doutrina Tributária, v. II).

BUCHANAN, James. *Hacienda pública*. Madrid: Espanhola Editorial de Derecho Financiero, 1965.

CALIENDO, Paulo. Princípio da neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006. p. 536.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUE, John. *Sales taxation*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

FRANCO, Antônio L. de Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro*. v. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEÃO, Martha Toríbio. *Controle da Extrafiscalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 37. (Série Doutrina Tributária, v. XVI).

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) □ Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Tributação indireta no Direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação indireta no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros; Fortaleza: ICET - Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2013. p. 181-212.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1971.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal, ICMS e serviços telefônicos pré-pagos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, v. 126, 2006.

_____. Tributação, livre-concorrência e incentivos fiscais. In: NUSDEO, Fábio. *O Direito Econômico na atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Restrições à atividade econômica do contribuinte na substituição tributária e livre concorrência. In: FERREIRA NETO, Arthur; MICHELE, Rafael (Coord.). *Curso avançado de substituição tributária*. São Paulo: IOB, 2010.

_____. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 177-180. (Série Doutrina Tributária, v. IV).

TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *A tributação sobre o consumo de bens e serviços*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TIPKE, Klaus, LANG, Joachim. *Direito Tributário*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (Coord.). *Revista Direito Tributário Atual*, n. 19. São Paulo: IBDT/Dialética, 2005.

Leonardo Buissa Freitas - Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP), associado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), Professor efetivo do Programa Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas (UFG) e Juiz Federal da Seção Judiciária de Goiás. (62) 999753245. E-mail: leonardobuissa@gmail.com

Lucas Bevilacqua - Doutor e mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP) com formação complementar em Comércio Internacional pela *Mission of Brazil to the World Trade Organization (WTO)*, Procurador do Estado de Goiás a disposição da Governadoria em Brasília e Conselheiro CARF/Ministério da Fazenda. (61) 999065040. E-mail: lucas.bevilacqua@gmail.com

Gabriel Buissa Ribeiro de Freitas - Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especializando em Direito Civil e Processual Civil. (62) 982456969. E-mail: buyssa@gmail.com

A imunidade tributária de templos de qualquer culto

ANDRÉIA TASSIANE ANTONACCI
CRISTIANO ROSALINO BRAULE PINTO

Resumo: O presente artigo destina-se a examinar a evolução constitucional da imunidade tributária a templos de qualquer culto (art. 150, VI, b da Constituição Federal), estabelecendo uma relação entre poder de tributar, Estado e laicidade. Para tanto, faz-se um apanhado de conceitos doutrinários como “competência tributária” e “imunidade tributária”. Aborda-se, ainda, a discussão acerca da interpretação atual da imunidade religiosa conforme o Supremo Tribunal Federal. Conclui-se pela necessidade de se debater o tema socialmente, tendo a vista a sugestão legislativa para que se considere o fim da imunidade tributária de templos de qualquer culto.

Palavras-chaves: Imunidade religiosa. Laicidade. Intributabilidade. Poder de tributar. Constituição Federal.

The tributary immunity of temples of any religion

Abstract: This article aims to examine the constitutional evolution of tax immunity to temples of any religion (article 150, VI, b of the Federal Constitution), establishing a relationship between taxation power, state and secularity. In order to do so, the article brings a collection of doctrinal concepts such as “tax jurisdiction” and “tax immunity.” We also discuss the current interpretation of religious immunity according to the Federal Supreme Court. It concludes by the need to debate the issue socially, considering that there is a legislative suggestion to establish the end of the tributary immunity of temples of any cult.

Keywords: Religious immunity. Laicity. Intributability. Power to tax. Federal Constitution.

Introdução

Impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios, campo de incidência, dedução, isenção, alíquota, bitributação, base de cálculo, imunidade. Tais palavras compõem um léxico que, para muitos, causa aversão. Albert Einstein certa vez disse ao seu contador que “a coisa mais difícil do mundo de se entender é o imposto de renda”¹, demonstrando

¹ Tradução nossa. Disponível em: <<http://quoteinvestigator.com/2011/03/07/einstein-income-taxes/>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

a difícil relação entre contribuintes e sistema tributário. Embora se faça presente de forma prática na vida das pessoas, o Direito Tributário detém um status de complexidade responsável por fomentar a distância entre teoria e prática. São muitos os termos – próprios deste ramo jurídico – com efeito repelente até para mentes geniais.

O presente artigo é uma tentativa de abordar um desses conceitos próprios Direito Tributário, mas com viés constitucional: a imunidade tributária dos templos religiosos de qualquer culto (art. 150, VI, b da Constituição Federal), apelidada de “imunidade religiosa”. Longe de esgotar o tema, o que se pretende é fornecer uma visão geral pautada nas nossas diferentes Constituições. Tampouco procuramos tratar o tema hermeticamente, perpetuando eventuais preconceitos que auxiliem na manutenção da noção de que a matéria é penosa e árdua.

Preferimos estruturar o texto da seguinte forma: inicialmente, faremos um apanhado do conceito doutrinário de imunidade tributária. Em seguida, apresentar-se-á um retrospecto histórico do tratamento constitucional dado ao tema, perpassando pelas constituições do Brasil de 1824 a 1988. Por fim, nas considerações finais, espera-se que tenhamos demonstrado o emblemático liame existente entre Igreja, Estado e Poder de Tributar.

O conceito de imunidade tributária

Os grandes doutrinadores contemporâneos quase sempre abordam o tema imunidade de forma geral ao tratar do assunto competência tributária – definida como “a faculdade que as pessoas políticas têm de criar, *in abstracto*, tributos”² com “fronteiras perfeitamente traçadas pela Constituição Federal”³. O traçado ao qual se refere Carrazza – a própria competência tributária – decorre do poder estatal de tributar.

Historicamente, o poder de tributar demonstrou ser perigosamente confiscatório se não encontrasse espaços de contenção. Para se combater os demandas provocados por uma tributação excessiva, evolui-se para, legamente, promover a restrição do exercício desmedido da cobrança de tributos. Afirma Coelho, com propriedade, que “tamanho poder há de ser

² CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 845.

³ *Ibid.*, p. 845.

desdisciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos”⁴. Machado vai além, pois acredita não apenas que o poder de tributar requer limitação, mas que a finalidade do Direito Tributário é delimitar o poder de tributar, convertendo-o de uma relação tradicionalmente de severa imposição em uma relação equilibrada pelos ditames da lei⁵.

Um dos exemplos de limitação da tributação é o que dá título a este artigo: a imunidade. Várias definições de imunidade foram dadas por diferentes juristas, sempre relacionando-a à exigência de se assegurar a aplicação dos princípios constitucionais e a uma norma impeditiva que denega ao Estado a instituição de tributo. Nas palavras de Regina Helena Costa:

“a imunidade tributária pode ser definida como a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação”⁶.

Por sua vez, Misabel Derzi trata o conceito de imunidade como uma “não competência” expressa na Constituição Federal, sendo “regra de exceção, somente inteligível se conjugada à outra, que concede o poder tributário, limitando-lhe a extensão, de forma lógica e não sucessiva no tempo”⁷.

As imunidades são encaradas como cláusulas pétras da Constituição Federal porque estão inexoravelmente ligadas aos princípios constitucionais que alimentam, entre outras coisas, o estabelecimento dos direitos e garantias individuais. Elas “traduzem reafirmações, expansões e garantias dos direitos fundamentais e do regime federal”⁸.

A ligação entre os princípios constitucionais e a intributabilidade é bastante estudada especialmente por Regina Helena Costa. Para ela, a imunidade assegura o cumprimento dos direitos fundamentais previs-

⁴ COELHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 65.

⁵ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

⁶ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. Limitações ao Poder de Tributar na Constituição de 1998 e sua relação com o CTN. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coords.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 188.

tos na Lei Maior e há uma tendência interpretativa de se enxergar, cada vez mais, a tributação em conformidade com a finalidade constitucional. Segundo Costa, “vale lembrar que outros direitos contemplados na Lei Maior contam com a intributabilidade como meio para garantir seu pleno exercício. Ao outorgar imunidades em relação a diversos tributos, a Constituição visa, por meio desse mecanismo, conferir proteção a múltiplos direitos”⁹.

Especificamente ao se tratar de imunidade religiosa, diz-se que ela é classificada como uma imunidade subjetiva por ser concedida em virtude de uma característica da personalidade jurídica em pauta. Em contraposição há as imunidades objetivas, as quais são atribuídas às coisas (por exemplo, o papel). Carrazza, em poucas palavras, bem elucida: “a doutrina mais tradicional classifica as imunidades em subjetivas, objetivas e mistas, conforme alcancem pessoas, coisas ou ambas”¹⁰.

Alguns teóricos, entre eles Regina Costa, subdividem as imunidades subjetivas. Para ela, dentro da subdivisão, existem as imunidades políticas e as ontológicas¹¹. A imunidade dos templos compõe o rol de imunidades políticas, assim denominadas por objetivarem prestigiar algum princípio constitucional e dependerem sempre de previsão expressa na Constituição.

Diversos estudiosos da área constitucional e tributária – entre eles Carrazza e Costa – consideram que a origem da norma imunizante aos templos é a necessidade de separação entre Igreja e Estado para melhor preservar a laicidade da República. Entendeu o constituinte que, ao se abster de tributar, o Estado deixa de intervir diretamente no exercício religioso. Ao mesmo tempo, colabora para incentivar a liberdade de crença (pois a imunidade é garantida a qualquer culto) e o pluralismo religioso. Mas esse posicionamento não é unânime. Zylbersztajn, em sua tese de doutorado, em capítulo dedicado à imunidade religiosa, discorre longamente sobre as formas pelas quais o Estado brasileiro favorece particularmente a Igreja Católica¹². Há também, por sua vez, quem enxergue na

⁹ COSTA, Regina Helena. Tributação e Dignidade da Pessoa Humana. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coords). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 811.

¹⁰ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 851.

¹¹ Cf. COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

¹² Cf. ZYLBERSTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

imunidade religiosa o avesso disso da laicidade, uma vez que o instituto favoreceria o surgimento de Igrejas e conseqüentemente, a adesão da população a alguma confissão.

Recentemente, a proposta 38.723¹³ (submetida ao portal virtual do Senado Federal em 2015 pela proponente Gisele Suhett Helmer) solicitou o fim da imunidade tributária para entidades religiosas. Para justificar o pedido, a autora enfatiza dois pontos: as fraudes cometidas por líderes religiosos graças à imunidade e a incompatibilidade entre imunidade e laicidade. A proposição recebeu mais de 20 mil votos, transformando-se em sugestão legislativa sob relatoria de José Medeiros na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. A manifestação cidadã coaduna com o pensamento de que a imunidade não se presta à laicidade, mas sim serve de alimento a um “cenário fraudulento em que se inserem, sob a capa da fé, algumas ‘pseudoigrejas’ que, difusoras de uma religiosidade hipócrita, chegam a mascarar atividades ilícitas sob a função de ‘representantes do bem’”¹⁴.

Para além desse debate, avaliam os juristas a abrangência da intributabilidade dos templos de qualquer culto. Pacificado é o posicionamento de que o sentido do termo templo não é apenas o edifício em que se pratica o culto, mas tudo (renda, bens, serviços) que, direta ou indiretamente, liga-se à prática religiosa¹⁵. Presumem-se conectados à finalidade essencial, por exemplo, a renda de alugueis das Igrejas. Somente na hipótese de a Administração comprovar o não atrelamento entre renda e finalidade, não se aplicaria a imunidade.

Por fim, é necessário comentar superficialmente o atual questionamento doutrinário a respeito das espécies tributárias das quais fala o constituinte no tópico das imunidades. Machado afirma que “a imunidade, para ser efetiva, para cumprir suas finalidades, deve ser abrangente. Nenhum tipo de tributo pode ficar fora de seu alcance”¹⁶. Em sua mais recente obra¹⁷, Carrazza filia-se ao pensamento de Regina Helena Costa e

¹³ HELMER, Gisele. *Proposta 38.723*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=195892>>. Acesso em: 12 jun de 2017.

¹⁴ SABBAG, Eduardo. A imunidade religiosa e as lojas maçônicas. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENN-POHL, Terence (Coord.). *Direito Tributário – Homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 284.

¹⁵ Cf. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁷ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2017, *passim*.

de Brito Machado, advogando que a imunidade abarca tanto os impostos quanto determinadas taxas.

Imunidade Tributária dos Templos de qualquer culto e as Constituições do Brasil

No Brasil, percebe-se, por meio da análise dos textos constitucionais, a ligação sempre presente entre Igreja e Estado. Não raras vezes, o elo, de alguma maneira, tornava-se evidente sob o manto de uma não tributação. A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 5º, afirmava que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império, muito embora a prática de outras religiões fosse expressamente permitida e houvesse vedação à perseguição por motivo religioso. O monarca exercia um rígido controle da Igreja Católica por meio do beneplácito apostólico, instituto que conferia ao rei o poder de aprovar previamente diretrizes que da Igreja para seus fiéis¹⁸. Via-se também o conhecido Poder Moderador, o qual se justificava pela sacralização do imperador: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada”¹⁹.

A Constituição do Império, em seu capítulo III, trata da Fazenda Nacional e da forma como se cuidarão das receitas e despesas. Não há pormenorizadamente a descrição da atividade Fazendária. Tampouco há referência a cobranças de tributos, exceto pela atribuição de competência privativa da Câmara dos Deputados sobre impostos.

A Constituição de 1891, documento inspirado pela Proclamação da República, é considerada por muitos como um marco do Princípio da Laicidade. Para Mario Pinto Serva, a Carta de 1891 é a “constituição mais liberal e perfeita do mundo”²⁰. Afirma ainda Zylbersztajn: “A constituição federal de 1891 delineou as linhas de separação entre Estado e Igreja que norteou toda evolução constitucional desde então, bem como os aspectos da liberdade religiosa. Isoladamente na evolução constitucional

¹⁸ Cf. Constituição Política do Império do Brasil (1824), artigo 102, XIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

¹⁹ Constituição Política do Império do Brasil (1824), artigo 99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

²⁰ SERVA, Mario Pinto. *Directrizes Constitucionaes: estudos para a Constituinte de 1933*. São Paulo: Empresa Graphica “A CAPITAL”, 1933, p. 04.

republicana, previu a exclusão religiosa absoluta em questões públicas antes protagonizadas pela Igreja Católica e reconheceu as demais confissões existentes. Foi a única constituição republicana democrática que não mencionou deus em seu preâmbulo.”²¹

Por outro lado, delineia-se a forma de tributação nacional: são nomeadas algumas espécies tributárias - impostos, taxas e contribuição – e definidas competências para “decretar” e “criar” impostos. É na Constituição 1891, em seu artigo 10, que se vê brotar a limitação de poder de tributar denominado de imunidade, na figura da imunidade recíproca, aquela que, de acordo com Torres, “protege as pessoas jurídicas de direito público umas contra as outras, no que concerne à incidência dos impostos. A União não pode cobrar impostos dos Estados e Municípios, sendo verdadeira a recíproca: nem os Estados nem os Municípios podem exigir impostos da União ou uns dos outros”²².

No artigo seguinte, lê-se que é vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embarçar o exercício de cultos religiosos”. Esboçaram-se, desta forma, os primórdios do que hoje se chama de imunidade religiosa.

O próximo texto constitucional, inspirado pela Constituição de Weimar, foi promulgado em 1934 e, como se sabe, teve vida curta. A redação do artigo 17, II era idêntica ao do artigo 11 da Constituição anterior. Porém, junto com a proibição de embarçar, subvencionar ou estabelecer o exercício de cultos religiosos, também foi reforçada mais uma vedação, “não sendo permitido ao Estado ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”²³.

Desde 1824, portanto, até 1934, não se estabelece a imunidade a templos religiosos, contudo a necessidade de se separar Estado e Igreja se mostra cada vez mais explícita e reforçada à medida que as constituições se sucedem.

1937 foi um marco do autoritarismo no Brasil. O Estado Novo de Getúlio Vargas trouxe consigo uma Constituição insólita cujo objetivo era

²¹ ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 20.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 72.

²³ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Artigo 17, III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

atender às “legítimas aspirações do povo brasileiro” e remediar a “infiltração comunista”. A Constituição de 1937 continha artigos tão esdrúxulos quanto às informações do preâmbulo. O artigo 142, por exemplo, dizia laconicamente: “A usura será punida”²⁴. Se considerarmos o apelo bíblico de proibição da usura, pode-se afirmar que, embora o preâmbulo da Constituição de 1937 não carregasse referências divinas, o restante do texto possuía elementos que possibilitam inferir a manutenção da presença religiosa no ideário constituinte.

Getúlio Vargas manteve o instituto da imunidade recíproca em seu artigo 32, c, bem como recuperou a redação da Constituição do Império. Ou seja, manteve a proibição de se embarçar, subvencionar ou estabelecer o exercício de cultos religiosos, mas aboliu o inciso referente à não permissão para se manter aliança com culto ou igreja. De acordo com Zylbersztajn, “A liberdade religiosa foi assegurada nos mesmos termos da constituição anterior (art. 122, §4o, prevendo liberdade de consciência e crença, além do exercício de culto, submetida à ordem pública e bons costumes), mas silenciou sobre o caráter jurídico das associações religiosas”²⁵.

O processo de democratização ocorrido após o final da Segunda Guerra Mundial resultou na Constituição de 1946. Deus voltou a constar no preâmbulo do texto. Os efeitos civis do casamento religioso foram novamente admitidos e foi inserido artigo sobre matrícula facultativa no ensino religioso. Mas a grande novidade da Constituição de 1946 se deu no campo tributário: a ampliação das imunidades, com a fundação da imunidade aos templos de qualquer culto. Era assim que ditava o artigo 31²⁶:

Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

V - lançar impostos sobre:

a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

24 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

25 ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 23.

26 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

- b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;
- c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

Ricardo Torres argumenta que a imunidade dos templos visa à melhor separação entre a instituição estatal e as entidades religiosas. Seria, portanto, o oposto de uma subvenção. Esse posicionamento corrobora a doutrina que tende a enxergar a Constituição de 1946 como um texto que tem especial cuidado com respeito aos valores democráticos ameaçados pela ditadura varguista. Além da previsão das imunidades acima, de acordo com Torres, “a Constituição de 1946 (art.15, §19) garantia e imunidade ao mínimo indispensável à habitação,vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”²⁷.

Faz-se necessário ressaltar que, embora não estivesse presente de forma explícita em textos constitucionais republicanos anteriores, as religiões não eram tributadas. A intributabilidade, todavia, se dava por meio de legislação ordinária²⁸.

No mês de abril 1964, por meio do Ato Institucional nº1, o governo militar assumiu o poder no Brasil. O presidente João Goulart foi deposto e representantes das forças armadas, sob o pretexto de “enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria”²⁹.

Na prática, impôs-se outra Constituição, em 1967, e iniciou-se um período de violações de Direitos Humanos sem igual na história do país. Houve a demonização de conquistas trabalhistas e a perseguição política (com cassação de mandatos), que chegou ao seu nível máximo com o Ato Institucional nº 5. Um dos representantes capazes de resumir este período de sombras ao qual o país foi lançado foi Emílio Garrastazu Médici.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 70.

²⁸ Cf. SABBAG, Eduardo. A imunidade religiosa e as lojas maçônicas. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNPOHL, Terence (Coord.). *Direito Tributário – Homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 276.

²⁹ Ato Institucional nº 1 de 09/04/1964. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s>. Acesso em 07 de junho de 2017.

Segundo aponta o relatório da Comissão Nacional da Verdade, com Médici, “aperfeiçoara-se um sistema repressor complexo, que permeava as estruturas administrativas dos poderes públicos e exercia uma vigilância permanente sobre as principais instituições da sociedade civilfazia uso de maneira sistemática e sem limites dos meios mais violentos, como a tortura e o assassinato”³⁰.

No plano tributário, graças à Emenda Constitucional nº18 de 1965 – instituidora de Reforma no Sistema Tributário – com eficácia de Lei Complementar quando da promulgação da Constituição 1967, lançou-se a base para o que mais tarde viria a ser o Código Tributário Nacional. Nas palavras de Ives Gandra: “O Direito Tributário Brasileiro principiou a ganhar consistência sistêmica a partir da Emenda Constitucional no 18/65”³¹.

O rol das imunidades foi estendido, passando a compreender livros, periódicos e jornais. A imunidade religiosa, antes prevista no artigo 31, teve o verbo modificado e passou a compor o artigo 20, III, b. À União, aos Estados, ao DF e aos Municípios ficava vedado “criar imposto sobre” ao invés de “lançar impostos sobre”³². A interessante mudança verbal refletiria a mudança do olhar do constituinte, enxergando a criação de impostos como um instituto indissociável da Competência Tributária. Ou seja, a competência não era conferida a qualquer ente federativo. Diferentemente, o texto de 1946, ao prever somente o lançamento, não atingia, ao menos no plano interpretativo da literalidade, a competência tributária³³. O que se vê, portanto, na Constituição de 1967 é o alargamento da limitação do poder de tributar.

A Emenda Constitucional nº1 de 1969 conservou as imunidades instituídas, porém alterou a redação do artigo. A vedação à criação de impostos teve o verbo modificado, passando a ser “instituir impostos so-

³⁰ DIAS, José Carlos. *et al. Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em: 07 de junho de 2017.

³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Sistema Tributário Brasileiro: História, Perfil Constitucional e Proposta de Reforma*. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/662f4dcartigo_145.pdf>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

³² O lançamento, de acordo com Torres, era essencial na visão positivista e era definido como atividade plenamente vinculada. Cf. TORRES, Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol IV, São Paulo: Renova, 2007, p. 33.

³³ Sobre a importância da interpretação, afirma MACHADO: O elemento literal, embora indispensável, quando utilizado isoladamente pode levar a verdadeiros absurdos. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109.

bre” (art. 19, III, EC nº1/1969), o mesmo reproduzido pela atual Constituição de 1988.

A Constituição Cidadã, corolário do processo de redemocratização, copiou o artigo 19 da Emenda Constitucional de 1969. As imunidades mantiveram-se iguais, sob idêntica redação, exceto pela alínea “c”. Enquanto a EC (art. 19, III, c) previa imunidade ao “o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei”, o artigo 150, VI, c da Constituição de 1988 estabeleceu imunidade ao patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”. A diferença, como se nota, está na preocupação do Constituinte com o Regime Democrático de Direito, exteriorizada por meio da ampliação da imunidade concedida à atividade político-partidária e aos sindicatos, ambos perseguidos durante os anos de ditadura.

Ademais, a atual Carta Política possibilitou discussões interpretativas apenas realizáveis democraticamente. O exame das imunidades evoluiu de modo a proporcionar questionamentos acerca do alcance da lei. Especialmente no que importa ao tema desse artigo, passou-se a debater a imunidade religiosa a fim de alcançar um entendimento que conciliasse a laicidade com o pluralismo de crenças e a liberdade de exercê-las.

Neste sentido, por exemplo, em 2012, a entidade maçônica Grande Oriente do Rio Grande do Sul fez chegar do Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 562.351³⁴. Argumentava a Loja Maçônica ser detentora da imunidade religiosa, pois o diploma constitucional não especificava a espécie de templo; ao contrário, enfatizava que se tratava de “templos de qualquer culto”. O ministro relator, Ricardo Lewandowski reconheceu que a questão principal versava sobre a interpretação da expressão “de qualquer culto” do artigo 150, VI, c. Decidiu-se, porém, ser fundamental a profissão de alguma fé ao se atribuir imunidade a quaisquer entidades. Por isso, à Maçonaria não se aplica a imunidade religiosa.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 562.351/RS. Imunidade tributária. art. 150, VI, C, da Carta Federal. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279 do STF. art. 150, VI, B, da Constituição da República. Abrangência do termo “templos de qualquer culto”. Maçonaria. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe, Brasília, 14 dez. 2012.

Outro problema recorrente à aplicação da não instituição de impostos a templos de qualquer culto é o tamanho, a extensão da imunidade. Preceitua o artigo 150, §4º que devem abarcados pela imunidade apenas patrimônio, bens e serviços relacionados à finalidade essencial das Igrejas. Brito Machado é categórico ao dizer que a locação de imóveis “é uma atividade econômica que nada tem a ver com um culto religioso. Colocá-la ao abrigo da imunidade nos parece exagerada ampliação”³⁵. Não obstante ser este o entendimento doutrinário sobre o tema, O Supremo Tribunal Federal deliberou que cabe à Administração tributária a comprovação de tredestinação de rendas, bens e serviços a fim de que se proceda à tributação. A renda de alugueis de imóveis pertencentes a Igrejas, desta forma, não foge à regra³⁶.

Considerações finais

O tema do artigo comunica-se com uma das áreas mais delicadas da sociedade brasileira: a religião. As imunidades são assunto de ordem constitucional com aplicação tributária, mas estão longe de influir apenas tecnicamente em setores distantes da vida dos cidadãos. Especialmente a imunidade religiosa resvala em obstáculos cuja transposição exige reflexão e debate por parte da população.

Por um lado, há pessoas, destinatárias das normas, que comungam da ideia de que a República está sendo desrespeitada porque veem a imunidade religiosa como afronta à laicidade. Interpretam-na também como uma violação da legalidade porque encorajaria o comportamento ilícito de falsos líderes religiosos e o surgimento de falsas igrejas. Entretanto, em outro polo, comum entre os juristas da área aqui estudados, estão os defensores da ideia da imunidade instituída com objetivo de preservar a separação entre Igreja e Estado e a liberdade.

A fim de estabelecer uma conciliação esses dois pensamentos, o Supremo Tribunal Federal, como se viu, tentou agir. Ao mesmo tempo que definiu que ônus da prova da tredestinação é da Administração, também restringiu a interpretação de “religião”, negando imunidade aos tem-

³⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 267.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 800.395. Imunidade Tributária de Templos Religiosos. IPTU. Imóvel vago. Desoneração reconhecida. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe, Brasília, 28 out. 2014.

plos maçônicos. Tratou-se, assim, de balancear a imunidade religiosa e a realidade social popular.

Marx dizia que impostos são a fonte de toda a máquina do Poder Executivo e que governo forte e impostos fortes são coisas idênticas. Ao abrir mão de instituir impostos, o Estado abre mão de um poder que o fortalece sobremaneira. Este enfraquecimento estatal provocado pela imunidade religiosa fortalece a liberdade de crença, pois não submete por meio da tributação uma instituição (a Igreja) a outra (o Estado). Eventuais descaminhos da Igreja noticiados diariamente têm combatentes próprios já fundados pelo Estado. Da mesma forma que lavagem de dinheiro feito por uma empresa não deve ser punido através da abolição da livre iniciativa, as fraudes eclesiásticas não deveriam levar ao fim da imunidade religiosa.

Conclui-se finalmente que há necessidade de se discutir de forma clara a imunidade religiosa, propiciando à comunidade acadêmica e igualmente aos cidadãos acesso ao melhor entendimento desse importante ponto do Direito Tributário. Familiarizar a população com os jargões técnicos e elucidar conceitos é um dos caminhos para compor sugestões legislativas mais complexas e compatíveis com o nível de criticidade da matéria.

Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> . Acesso em 05 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em: 12 de jun de 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 06 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 de jun de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de jun de 2017.

BRASIL. *Ato Institucional nº1 de 09/04/1964*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s>. Acesso em 07 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 562.351/RS. Imunidade tributária. art. 150, VI, C, da Carta Federal. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279 do STF. art. 150, VI, B, da Constituição da República. Abrangência do termo “templos de qualquer culto”. Maçonaria. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe, Brasília, 14 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 800.395. Imunidade Tributária de Templos Religiosos. IPTU. Imóvel vago. Desoneração reconhecida. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe, Brasília, 28 out. 2014.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Regina Helena. Tributação e Dignidade da Pessoa Humana. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (Coords.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Limitações ao Poder de Tributar na Constituição de 1998 e sua relação com o CTN. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coords.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, José Carlos. et al. *Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571> Acesso em: 07 de junho de 2017.

EINSTEIN, Albert. *The Hardest Thing in the World to Understand is Income Taxes*. Tradução nossa. Disponível em: <<http://quoteinvestigator.com/2011/03/07/einstein-income-taxes/>> Acesso em: 05 de junho de 2017.

HELMER, Gisele. *Proposta 38.723*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=195892>> Acesso em: 12 jun de 2017.

JESUS MARIA, Elizabeth de; LUCHIEZI JR, Álvaro (Orgs.). *Tributação no Brasil – em busca da justiça fiscal*. Brasília, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Sistema Tributário Brasileiro: História, Perfil Constitucional e Proposta de Reforma*. Disponível em: <<http://>

www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/662f4dcartigo_145.pdf> Acesso em: 08 de junho de 2017.

_____. Aspectos Referentes a Imunidade dos Livros Eletrônicos, assim como das Obrigações a que estão tais Bens e Serviços Desvinculados de Controle pela Ancine e Condecine. *REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)*. Set. 2010.

MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Napoleão Bonaparte*. São Paulo: Boitempo editorial, 2011.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SERVA, Mario Pinto. *Directrizes Constitucionaes: estudos para a Constituinte de 1933*. São Paulo: Empresa Graphica "A CAPITAL", 1933.

TAPAJÓS, Jayro. *Direito Tributário para concursos*. Brasília: Gran Cursos, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Andréia Tassiane Antonacci - Mestre e Doutoranda em direito, professora e coordenadora do curso de Direito da Faculdade Autônoma de Direito, autora de obra e artigos jurídicos. Especialista em Direito Trabalhista e Previdenciário. E-mail: atassiane@ig.com.br

Cristiano Rosalino Braule Pinto - Graduando em Direito pela FADISP, Mestre em Letras pela Universidade de São Paulo — área de concentração Cultura Judaica. E-mail: cris.1981.sp@gmail.com

O planejamento como dever do Estado brasileiro e as implicações com o desenvolvimento econômico

EDSON JOSÉ DE SOUZA JÚNIOR
GIULLIANY LETÍCIA DA SILVA

Resumo: O presente artigo trata a atividade de planejamento, notadamente de planejamento econômico, como dever do Estado a partir da nova perspectiva constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988. Com o advento do Estado Neoliberal e do Estado Social de Direito, consagra-se a liberdade à iniciativa econômica, mas exalando todo o seu viés social, o texto constitucional prescreve diretrizes a serem observadas e perseguidas na exploração da atividade econômica. A despeito de a atividade de planejamento ser determinante para o setor público e apenas indicativa para o setor privado, nos termos do Art. 174 do texto maior, tem-se que a atividade de planejamento econômico é uma injunção legal, a qual visa compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, tendo por escopo a realização dos valores constitucionais na ordem econômica, notadamente a dignidade humana, a realização da justiça social e a promoção do desenvolvimento nacional, tudo num ambiente participativo. Trata-se de artigo que se utilizou do método dedutivo, a partir da realização de uma revisão bibliográfica sobre o assunto, arrimando-se de forma central nas lições de ADRI (2010a; 2010b); FREITAS (2014); MUÑOZ (2012); SILVA (2017); e TAVARES (2011). Afinal, concluiu-se que o novo marco constitucional alça a atividade de planejamento para o desenvolvimento econômico à condição de dever do Estado, a fim de se alcançar a realização do direito fundamental à boa administração na configuração de um novo marco civilizatório para o Estado brasileiro.

Palavras-chave: Direito constitucional econômico. Planejamento econômico participativo. Existência digna. Justiça social. Desenvolvimento socioeconômico.

PLANNING AS A DUTY OF THE BRAZILIAN STATE AND IMPLICATIONS WITH ECONOMIC DEVELOPMENT

Abstract: This article deals with the planning activity, especially economic planning, as a duty of the State from the new constitutional perspective inaugurated with the promulgation of the Federal Constitution of the Brazilian Federative Republic of 1988. With the advent of the Neoliberal State and the Social State of law consecrates freedom to economic initiative, but exalting all its social bias, the constitutional text prescribes guidelines to be observed and pursued in the exploration of economic activity. Although the planning activity is determinant for the public sector and only indicative for the private sector, according to Art. 174 of the larger text, it is considered that the economic planning activity is a legal injunction, which aims to make the plans compatible national and regional levels of development, with the scope of realization of constitutional values in the economic order, notably human dignity, the achievement of social justice and the promotion of national development, all in a participatory environment. It is an

article that used the deductive method, based on a bibliographical review on the subject, focusing centrally on the lessons of ADRI (2010a; 2010b); FREITAS (2014); MUÑOZ (2012); SILVA (2017); and Tavares (2011). After all, it was concluded that the new constitutional framework extends the activity of planning for economic development to the condition of State duty, in order to achieve the realization of the fundamental right to good administration in the configuration of a new civilizing framework for the Brazilian State.

Keywords: Constitutional economic law. Participatory economic planning. Worthy existence. Social justice. Socio-economic development.

Introdução

Vivemos em tempos de contradições e constantes tensões entre os espaços públicos e privados. Correntes ideológicas se apresentam no campo das discussões, ora para defender a diminuição e afastamento da influência do Estado nos assuntos atinentes às atividades econômicas, ora para marcar ainda mais sua presença e influência.

O certo é que a convivência dessas correntes de pensamento é condição inegável à natureza humana, notadamente em um Estado que se pretende qualificar como Estado Social Democrático de Direito.

Permeando toda a estrutura social, entende-se que a existência da vertente econômica é um fator imbricado no meio social que se fortifica e amplia cada vez mais. Considerando a sua relevância, a atual Constituição da República Federativa do Brasil trouxe, em seu bojo, diretrizes acerca da ordem econômica, prevendo a necessidade de olhar para a economia, tanto em âmbito público quanto em âmbito privado.

Todavia, percebe-se que, com o advento de um Estado Social e Democrático, passou-se a conjecturar as atuações administrativas pautadas em um caráter mais gerencial e organizacional, afastando-as da atuação direta e imediata no mercado.

O texto constitucional atual fundamenta a ordem econômica em dois postulados, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Assim, o desenvolvimento econômico é fomentado pela Constituição, sem, contudo, ignorar os ditames sociais a serem perseguidos com o atendimento dos princípios enumerados nos incisos do art. 170 do texto constitucional.

Contudo, mais importante que o atendimento isolado de um mandamento normativo é a sua interpretação funcionalizada aos objetivos

que pretende alcançar. Daí a importância da verificação da centralidade no alcance e na realização dos objetivos fundamentais da ordem econômica de assegurar a existência digna e a justiça social, conjugada com o impulsionamento do desenvolvimento nacional.

Com efeito, a ausência de um planejamento adequado no direcionamento estatais pode levar ao desequilíbrio econômico, político, jurídico e social, inviabilizando a realização das promessas constitucionais, o que, a nosso ver, vai de encontro (e não ao encontro) das disposições normativas insertas no art. 174 do texto constitucional.

Dessa maneira, buscar o desenvolvimento econômico de forma aleatória e não intencional, ou seja, de maneira desorganizada, expõe-se ao risco de se alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil. Interessante destacar que o desenvolvimento econômico pode ter efeitos diretos no desenvolvimento social, visto que a ordem econômica não subsiste isolada e indiferente às externalidades, ao revés, é condicionada por elas, porém a extensão desses efeitos depende de uma atividade de planejamento profissionalizada.

O Estado tem a função de assegurar existência digna, garantir a prevalência da democracia e pautar-se pelos ditames da justiça social. Para tanto, um dos vários instrumentos à sua disposição para dar concretude ao fim almejado pela Constituição da República Federativa do Brasil é o planejamento na órbita econômica, traduzindo-se em dever do Estado a subsidiar a superação de Estado periférico.

Assim, o planejamento da atividade econômica deve ser tido como uma obrigação inarredável do Estado brasileiro para efetivar a dignidade da pessoa humana, a justiça social e o desenvolvimento nacional, proporcionando de maneira não apenas retórica o direito fundamental à boa administração pública.

Mas, qual o escopo da atuação do Estado brasileiro na ordem econômica? Qual o modelo adotado em nosso ordenamento jurídico? Quais são os limites de atuação do Estado no domínio econômico e como o planejamento da atividade econômica é vislumbrado na ordem jurídica?

São essas as inquietações que nos propomos a enfrentar, para que, ainda que superficialmente, lancemos luzes sobre essas interrogações, a fim de provocar algumas reflexões e alcançar alguns consensos possíveis.

Da ordem econômica na Constituição da República Federativa do Brasil

O formato das constituições escritas sofreu transformações ao longo do tempo, adequando-se aos anseios e aspirações sociais (TAVARES, 2011).

Hodiernamente, a norma jurídica fundamental brasileira não se limitou a prever a organização e a estruturação do Estado, inserindo em seu bojo normas fundamentais e sociais a serem obrigatoriamente observadas, visando efetivar o bem comum e social – o que vem ocorrendo desde a constituição de 1934, acompanhando uma tendência mundial inaugurada em 1917 pela Constituição Mexicana e consolidada pela Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Dentre os fatores que exercem influência na modulação e projeção da sociedade está o viés econômico, havendo um substancial capítulo na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, para tratar desse aspecto essencial à sociedade.

Como se sabe, a economia se caracteriza como um dos fatores mais propensos a auxiliar no desenvolvimento de um corpo social, contudo, é salutar compreender que, se praticada de maneira desregrada, pode contribuir para o infortúnio do desequilíbrio social, fato que, inevitavelmente, será fonte de conflitos e de injustiça social.

Silva (2017) esclarece que as normas constitucionais modernas podem ser diferenciadas ou separadas em categorias, denominadas por ele de “elementos da constituição”, elencando-as em 5 (cinco) grupos, quais sejam, os elementos orgânicos, os limitativos, os sócio-ideológicos, os de estabilização constitucional e os formais de aplicabilidade.

Assim, vê-se que, a limitação dos poderes do Estado e a fixação de ações a serem concretizadas, dentre outros elementos, representam não só garantias ao cidadão como também direitos a serem reivindicados do Estado e, notadamente, elementos sócio-ideológicos que consubstanciam e que revelam o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado social/intervencionista.

Considerando que as diretrizes constitucionais devem basear-se no modelo de sociedade existente, com o intuito de atender aos interesses de determinado corpo social, a Constituição brasileira inseriu em seu bo-

jo o título referente à “Ordem Econômica e Financeira”. Todavia, não olvidando dos reais intentos humanísticos arraigados ou que deveriam estar arraigados em nossa sociedade, o fez sopesando postulados e princípios de ordem social, tencionando não permitir a desenvoltura de um processo econômico que ignora o indivíduo.

Hesse (1991) comenta acerca da força da norma constitucional e sua vinculação ao meio social, aduzindo que,

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida (HESSE, 1991, p. 18).

Desse modo, a atual Constituição brasileira, no afã de aliar o processo econômico aos ditames sociais, pretende associar desenvolvimento econômico, justiça social e existência digna.

A livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como postulados de nossa constituição econômica

Preliminarmente, cabe-nos realizar a devida distinção entre postulados e princípios. Segundo Ávila (2005, p. 134),

Os postulados normativos são normas que instituem os critérios de aplicação de outras normas. Daí serem consideradas como normas sobre a aplicação de outras normas, istoé, como metanormas, ou normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que está diante de um postulado normativo, há uma diretriz, metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. (ÁVILA, 2005, 134).

Arrimados na redação do *caput* do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, ousamos dizer que são postulados na atuação do Estado no domínio econômico os supra-princípios da livre iniciativa e os valores sociais do trabalho humano e que, por ostentarem essa dignidade epistemológica, acabam por fundamentar todo o subsistema, implicando em conduzir os modos de raciocínios e de argumentação relativamente às normas – estas sim, que prescrevem comportamento –, posto que Ávila (2005, p. 135) assevera que:

[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. (ÁVILA, 2004, p. 135).

Já os princípios jurídicos, para Ávila (2005, p. 129):

princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2004, p. 129).

Assim, “rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados” (ÁVILA, 2005, p. 135).

Com efeito, a exploração econômica é permitida e fomentada pela Constituição da República Federativa do Brasil atual, alçada a fundamento do Estado Democrático de Direito a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho humano (Art. 1º e repetido no *caput* do art. 170), devendo ser compatibilizada entre os papéis e os limites do Estado, por atuar legitimamente, seja como executo ou regulador da política econômica, consoante mandamentos dos Arts. 173 e 174 respectivamente da Constituição da República Federativa do Brasil.

A ordem econômica constitucional nacional, com o advento do Estado liberal e social, concede à iniciativa privada a liberdade de atuar economicamente, inclusive, incentivando o progresso econômico, desde

que respeitadas algumas diretrizes, objetivando inserir na realização do processo econômico princípios necessários para assegurar os objetivos e os fundamentos do Estado.

Sabino Cassese (2003) apresenta três sentidos a serem aferidos da terminologia “Constituição Econômica”, quais sejam:

- 1) Como fórmula condensadora das normas da Constituição no sentido formal sobre as relações econômicas.
- 2) “Constituição Econômica” é um conjunto de institutos que, embora sendo parte do Direito, não pertencem necessariamente a constituição escrita. (...) Este, portanto, constitui um novo significado de “constituição econômica”: não só análises das normas constitucionais e das leis, como também análises das mutações da opinião pública; e
- 3) A última acepção de “constituição econômica” é aquela que amplia o enfoque até os aspectos administrativos. O estudo do Direito não deve deter-se na Constituição e na legislação, deve também considerar, por exemplo, os regulamentos, evidenciando assim a correlação entre Constituição em sentido formal, legislação e prática aplicativa. Esse terceiro significado de “constituição econômica” não abraça somente as normas constitucionais (primeiro significado), as leis e a opinião pública (segundo significado), mas também um círculo mais amplo, o Direito vivenciado (CASSESE, 2003, p. 11-13).

Destarte, é imprescindível ponderar na atuação da livre iniciativa as tendências sociais e suas transformações. O processo econômico só terá resultados positivos, do ponto de vista jurídico e social, se contextualizar seu exercício à realidade social, considerando fatores como desigualdade social, acesso ao ensino, à cultura, à má distribuição de renda e outros. Daí, as considerações de Canotilho (2002, p. 345-346), quando indica que:

A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e econômica), consagrou uma “constituição econômica” que, embora não reproduza uma “ordem econômica” ou um “sistema econômico”, “abstracto” e “puro”, é fundamentalmente caracterizada pela idéia de democratização econômica e social. Neste contexto, o âmbito de liberdade de formação política e legislativa aparece restringido directamente pe-

la Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética “neutralidade econômica” da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar (CA-NOTILHO, 2002, p. 345-346).

Assim, observamos que o exercício da atividade econômica no Brasil é livre, não sendo necessária autorização do poder público, em regra. Contudo, em que pese à liberdade concedida ao setor privado, o Estado tem o dever de fiscalizar e intervir na exploração da atividade econômica com o fim de propiciar os ditames constitucionais no âmbito do desenvolvimento econômico.

O art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 indica como postulados a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, mas elenca como princípios a serem satisfeitos o princípio da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Com efeito, calha mencionar as lições de Figueiredo (2006, p. 91):

As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Se é verdade, pois, que assegurada foi a livre iniciativa, em contrapartida garantiu a Constituição a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Não bastasse, fosse pouco, no artigo 3º considerou a Constituição expressamente, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (FIGUEIREDO, 2006, p. 91).

A ordem econômica é o conjunto de normas que congrega a ação e a realidade econômicas adotadas pela sociedade. É um modelo econômico elaborado que instrui a atuação pública e privada (ADRI, 2010a).

Com efeito, a Constituição Econômica nacional condiciona a atividade econômica ao cumprimento da existência digna e que possibilite justiça social, sem descurar do desenvolvimento nacional.

Não há nada de contributivo e virtuoso em vislumbrar o crescimento econômico de um país em suas dimensões políticas, financeiras e de poderio se seu povo vive na miséria e está submetido à sobrecarga de trabalho para sobreviver, enquanto outros exploram essa mão de obra, deixando transparecer a ilusão de que contribuem para a vida digna dos que laboram.

Nesse momento é que exsurge a necessidade de intervenção estatal na ordem econômica com a finalidade de efetivar os postulados constitucionais e garantir que o trabalho humano seja verdadeiramente valorizado e blindado a explorações.

Objetivos da ordem econômica

Sobreleva-se realçar neste momento que, dentre os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição de 1988 a serem perseguidos pelo Estado, encontram-se a garantia do desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum sem qualquer forma de discriminação.

Contudo, ao observarmos as normas de nossa constituição econômica, alguns objetivos alcançam maior centralidade, destacando as finalidades dessa atuação do Estado no domínio econômico, quais sejam: a justiça social, a existência digna e o desenvolvimento nacional.

Vejamos cada um de per si, mas de maneira perfunctória.

Justiça social

Alguns dos pilares principiológicos da Constituição brasileira vigente são a redução de desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e o cumprimento da função social da propriedade.

Nesse sentido, mister reconhecer que o Estado busca o desenvolvimento econômico, porém, não deve ignorar que é formado por um

conjunto de seres humanos, os quais, primordialmente, precisam ser considerados em detrimento de valores monetários e/ou posição/força econômica do país no globo. E, aqui, deve-se destacar que não se está a confundir o conceito de justiça distributiva e justiça social.

Montoro (2005) já delimitava perfeitamente essas questões, ladeando ainda com a noção de justiça comutativa. Para o autor, a justiça distributiva seria “a virtude pela qual a comunidade dá a cada um de seus membros uma participação no bem comum, observada uma igualdade proporcional ou relativa” (MOTORO, 2005, p. 220-221), enquanto a justiça social seria a virtude pela qual o indivíduo dá à comunidade uma contribuição para o “bem comum”, observada uma igualdade geométrica. Assim, inverte-se o conceito da justiça distributiva, em que o devido é dado pela comunidade ao particular. Aqui, o particular figura como devedor e a comunidade, ou sociedade, como credora.

Assim, perfazer os preceitos de justiça social acaba por significar a obtenção de condições de aprimoramento institucional para se levar adiante e no mais alto grau de potencialidade os preceitos de justiça distributiva, notadamente em um Estado de recursos escassos e com muitas carências a serem supridas pelo aparato estatal.

O texto magno prevê diversos instrumentos e parâmetros a orientarem o Estado na busca dessa dispersão de justiça social, contudo, não raras vezes, esses postulados são inexplorados, ao passo em que se sobrelevam os interesses individuais daqueles que despontam como “superiores” políticos e econômicos.

Existência digna

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, do qual inferimos o dever atribuído ao Estado de garantir e concretizar a nobreza de tal postulado como ato primeiro e acima de qualquer outro.

Não obstante às inúmeras disposições constitucionais que coligam dignidade e economia, concebemos que tais premissas não vêm sendo observadas, dado ser muito comuns práticas predatórias, típicas de um capitalismo selvagem e não atrelado com os compromissos constitucionais.

A vida digna do indivíduo, sendo-lhe assegurado moradia, segurança, saúde, educação, lazer, alimentação, higiene e convivência em sociedade, compõe a base em que se deveriam pautar todas as atuações estatais, mormente a fim de materializar todos os propósitos constitucionais que precisam superar as folhas de papel. É desse princípio que irradia toda normatividade e fundamento, por constituir razão de ser do próprio Estado.

Mas a dignidade da pessoa humana é um conceito cultural fluído e multiforme, que exprime e sintetiza, em cada tempo e espaço, o mosaico dos direitos humanos fundamentais (SOARES, 2010).

Daí, concluir Camargo (2007), para quem é indiscutível a relação de dependência mútua entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais, visando o pleno desenvolvimento da pessoa humana, posto que somente por meio da existência dos direitos humanos fundamentais e dignidade que poderá ser respeitada, protegida e promovida no cenário social.

Assim, a existência digna é essência a ser considerada tanto nas relações públicas, quanto nas relações privadas. Trata-se de vetor a informar quaisquer atos praticados ou idealizados pelos indivíduos.

Desenvolvimento nacional

O processo de desenvolvimento é idealizado como forma de crescimento econômico com o fortalecimento da economia nacional, a ampliação da economia de mercado e o aumento de produtividade, tudo numa perspectiva de sustentabilidade econômica, social, ambiental, cultural e política.

O crescimento econômico pode gerar uma infinidade de benesses a refletirem não só no desenvolvimento físico de um país, mas também no desenvolvimento da nação que o compõe.

Todavia, o processo de desenvolvimento que ignora planejamento, distribuição e fomento, traz os malefícios da desigualdade, pobreza, superposição de um pequeno grupo sobre a massa, indignidade e injustiça.

O desenvolvimento nacional deve contemplar, sobretudo, o desenvolvimento social. É preciso buscar o crescimento econômico paralelamente à dispersão de mutação e do progresso social.

Conforme já foi dito, o desenvolvimento econômico reflete diretamente no desenvolvimento social, visto que a ordem econômica não subsiste isolada e indiferente às externalidades, ao revés, é condicionada por elas. Com efeito, busca-se aqui se firmar nas lições de Todaro (1979), para quem uma nova visão de desenvolvimento está fincada na ideia de redução ou eliminação da pobreza, da desigualdade e do desemprego, notadamente num contexto de economia em crescimento.

Assim, busca-se um desenvolvimento nacional que não reproduza, ou reforce as diferenças sociais tão naturalizadas, mas que ofereça condições mais isonômicas de equalização das oportunidades de crescimento e desenvolvimento, em todas as perspectivas (individual, institucional, empresarial etc.), na maior medida possível.

O modelo interventivo adotado pela Constituição: modos autorizados de atuação no domínio econômico

Ao analisar os artigos 170 e seguintes do texto constitucional vigente, fica evidente que não nos filiamos ao modelo de economia planificada, mas sim a um sistema capitalista, que pretende assegurar existência digna, com a observância dos postulados da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

Aliás, são justamente esses postulados que fundamentam todo o modelo de nosso sistema interventivo, implicando em conduzir os modos de raciocínio e de argumentação relativamente às normas, devendo ocorrer, justamente por isso, uma compatibilização da interpretação de todas as normas (princípios e regras), com o prestígio do trabalho e da liberdade de iniciativa.

Daí, ser inquestionável a possibilidade e até mesmo a necessidade de uma atuação mais proativa por parte do Estado em possibilitar o gozo de facilidades para o desenvolvimento econômico das instituições, mas, ao mesmo tempo, submetê-las às limitações estatais, para que a atuação seja tida como legítima e não nociva.

Por certo, o desenvolvimento da atividade de exploração econômica deve ser direcionado a pautar-se pelos princípios da ordem econômica, permeada pelos vetores interpretativos dos postulados,

mas sempre tendo em vista os objetivos constitucionais e ser por eles condicionados.

No entanto, a tarefa da intervenção estatal na ordem econômica não deixa de estar sujeita, também, a uma série de limitações impostas pelo poder constituinte originário e pela legislação regulamentadora.

Faz-se mister que o ente estatal atue com sensatez, proporcionalidade e nos limites da juridicidade (atuação conforme a lei e o direito), a fim de não ultrapassar os limites do necessário e do suficiente a garantir o direcionamento da atividade econômica aos ditames constitucionais, sob pena de incidir em indevida e inconstitucional intervenção na livre iniciativa.

Nos dizeres de Moreira (2004, p. 85):

Os princípios constitucionais da função social da propriedade, razoabilidade e proporcionalidade conduzem a uma situação de equilíbrio e bom senso interventivo – no sentido de proporcionar uma intervenção firme, mas apenas quando necessária ao interesse público definido em lei (seja ele circunscrito à concorrência, seja ele definido por razões de ordem social). [...]

O ora proposto paradigma da intervenção sensata defende, portanto, um comedimento interventivo, sem abdicar da firmeza e da objetividade no atingimento de fins sociais. A concepção funcionalizada da intervenção estatal na economia não pode abrir mão da cautela, nem tampouco da coerência (MOREIRA, 2004, p. 85).

Objetivamente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas formas de intervenção estatal, a forma direta (Estado Executor) e indireta (Estado Regulador), conforme se extraí dos artigos 173 e 174 da Constituição da República Federativa do Brasil respectivamente. Tais disposições permitem a atuação do Estado nos interesses públicos sem extirpar a liberdade econômica dos particulares.

Segundo o que prevê a Constituição Federal em seu artigo 173, o Estado irá explorar diretamente a atividade econômica apenas quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou quando for de relevante interesse coletivo, sempre nos limites da lei regulamentadora, porquanto diante do princípio de vinculação positiva, ou da conformação ou subordinação à lei, o poder público só pode agir, como, quando e na forma que a lei permite.

Noutro vértice, intervindo de maneira indireta, o Estado atuará na regulação e normatização da atividade econômica.

Com a intervenção direta, o Estado busca proteger determinados bens de interesse público, fixando, inclusive, hipóteses de monopólio (v. art. 177 da CRFB).

Neste ponto, calha socorre-nos das lições de Fonseca (2017, p. 173), quando afirma que:

Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso assume a forma de empresas públicas nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, com se verá, é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação está prevista no art. 174 da Constituição Federal. (FONSECA, 2017, p. 173).

Como marco legal, na atuação direta, recentemente, foi editada a Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016) que tratou do estatuto das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Já na atuação indireta, de criação mais longínqua, tem-se a criação das diversas agências reguladoras, que representam uma nova forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

O intento maior do Estado não pode ser consolidar-se na economia, visando apenas auferir lucro, mas explorar determinadas atividades econômicas a fim de proteger os interesses nacionais, o interesse coletivo, o bem-estar social.

Por esse motivo e almejando realizar as diretrizes constitucionais econômicas é que se exige o cumprimento de função social, a realização de licitações (a garantir isonomia e oportunidade), a fiscalização, entre outros instrumentos.

Aspirando concretizar as determinações constitucionais no âmbito da ordem econômica, a Constituição determina que o ente estatal exerça funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que o último deve ser determinante para o setor público e indicativo para o setor

privado. Porém, praticar essas funções [fiscalização, incentivo e planejamento] não é incumbência simples e frequentemente é negligenciada pelo Estado.

Explicitando que o cumprimento dessas funções reclama não só modificação estrutural, mas, sobretudo, de atitude e mentalidade, ADRI (2010a) leciona que:

A tarefa de redesenhar o “novo” Estado, atribuindo-lhe o papel de precursor do bem-estar social, exige muito mais do que a revisão de organogramas, do reagrupamento ou extinção de departamentos, da releitura de manuais de conduta, da “desregulamentação” e da “desburocratização” de normas e procedimentos. Trata-se de tudo isso somado à difícil tarefa de reengenharia institucional, que requer anseios políticos e sociais destinados a conhecer e modificar hábitos, comportamentos e mentalidades. (ADRI, 2010a, p. 57).

Todo o engajamento estatal na trilha de uma Constituição Econômica e Social possibilita um Estado “planejado, previsível e transparente, que confere à sociedade regida a segurança jurídica esperada numa República Federativa que se diz um Estado Democrático de Direito” (ADRI, 2010a, p. 57).

Mais adiante, ADRI (2010a) continua assevera que:

Entendemos que regular é confiar ao Estado a atuação em setores essenciais da economia do país, fiscalizando o cumprimento das finalidades públicas, exercitadas por meio da interação do setor público com o setor privado (administrando, inclusive, a luta de interesses), atraindo e dinamizando as atividades, pelas absorção dos avanços tecnológicos, além de imputar custos e sanar imperfeições do mercado. (ADRI, 2010a, p. 240)

Daí entender que há uma interação/integração entre o público e o privado, ou seja, uma verdadeira complementaridade entre estes dois setores, não podendo ser encarada como um sistema adversarial. Contudo, grupos privados cujos lucros advêm precipuamente da desorganização econômica, financeira e social do país colhe vantagens da ausência do planejamento, mas são os mesmos que “quando passam a ser afetados pelos problemas estruturais da econômica, lideram a crítica do Estado pela falta de planejamento setorial e de longo prazo” (FABRI, 2010, p. 127).

Pelo exposto, vê-se que a intervenção limitada do Estado na atividade econômica é premente. Perseguindo-se sempre, por meio dela, será assegurada a existência digna, a justiça social e o desenvolvimento nacional.

O planejamento como atividade obrigatória de intervenção no domínio econômico

Inegavelmente, o Brasil, em específico, é um Estado de grandes dimensões territoriais e historicamente permeado por desigualdades físicas, políticas, sociais e econômicas, daí, retira-se a imprescindibilidade da intervenção estatal com o escopo de equilibrar e distribuir a riqueza e equalizar as oportunidades, o que é consequência de uma atividade de planejamento bem desenhada, executada e avaliada.

Daí deve-se partir do pressuposto de que a exploração da atividade econômica é livre à iniciativa privada, a intervenção estatal deve se dar de maneira excepcional e específica, sempre voltada a invocar interesses públicos.

Contudo, para que esta intervenção não se dê de forma arbitrária, é necessário salutar o planejamento estatal. Para Kotler (1975, p. 20) “planejar é decidir no presente o que fazer no futuro” e conforme define Silva (1989, p. 676), planejamento “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”. E na esfera estatal, vislumbra-se que o planejamento ganha um contorno de obrigatoriedade, especialmente em vista do disposto no art. 174 *in fine*, bem como no art. 165 da Constituição da República Federativa do Brasil, este último permitindo a ilação de que o planejamento se dá também quando da elaboração das leis orçamentárias (plano plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais).

Todavia, há de se ter uma integração do termo planejamento aos planos de desenvolvimento econômico, leis orçamentárias e plano de governo, tornando-os indissociáveis (FABRI, 2010)

Muitas vezes esquecido, em nível infraconstitucional, temos o Decreto-Lei nº 200/67 (BRASIL, 1967), que em seu Art. 6º elenca o planejamento como um princípio fundamental da Administração Federal,

enquanto no Art. 7º determina que a atividade de planejamento objetive “promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados”, tendo por instrumentos o plano geral de governo; os programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; o orçamento-programa anual; e a programação financeira de desembolso. A Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000) possui o capítulo II todo voltado ao planejamento que se perfaz pelas leis orçamentárias.

Desse modo, para que o país se desenvolva, é imprescindível o planejamento pelo Estado e a conjugação de esforços para a sua concretização, visando possibilitar transformações sociais.

O planejamento é ferramenta essencial no processo de desenvolvimento econômico e social, entretanto, é primordial que haja “(...) convergências políticas, econômicas e conscientização social para sua eficaz implementação” (ADRI, 2010a, p. 62).

Mais adiante, Adri (2010a, p. 98) arremata:

(...) sob a ótica federativa, o planejamento será uma projeção do futuro do país, nos mais variados setores, sendo executado por meio de ação administrativa do Estado e dos entes públicos, sempre condicionados pelas diretrizes e bases contidas nos planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, sem que com isto sejam violados, na sua autonomia, os entes políticos que compõem uma Federação. Por essa razão, a descentralização do planejamento (seja na fase de aprovação do projeto de lei, seja na adequação da lei ao contexto local) é útil à execução do plano e se impõe na medida em que esta se converterá em fator de unidade na atuação do Estado, na busca da promoção do desenvolvimento e da justiça social. (ADRI, 2010a, p. 98).

O planejamento econômico é um dever do Estado que possibilita, com mais eficiência, o progresso econômico e dispensa maior atenção aos problemas sociais decorrentes da inércia estatal frente ao poderio de estreita “oligarquia financeira”.

A atuação estatal diligente fortalece os princípios e as estratégias desenvolvimentistas, com características próprias. Com esse modelo, busca-se superar o subdesenvolvimento por intermédio de industrialização capitalista, articulada e fomentada pelo Estado. Tal modelo se

tornou hegemônico em países periféricos nos anos 1950 (BIELSCHOWSKY, 1996).

Assim, cotejando os esses fenômenos, percebe-se a imprescindibilidade de o planejamento contemplar o atual estado da sociedade e definir a que ponto quer dirigir-se, baseado nos anseios e carências da sociedade.

Nesse contexto, Underman (2008, p. 237) afirma que:

A atividade de planejamento aparece, portanto, como tarefa essencial no processo de indução do desenvolvimento econômico, cabendo também ao Estado um papel decisivo no esforço de atração e estruturação das atividades industriais. A elaboração de estratégias e planos de desenvolvimento e o estabelecimento de políticas públicas dirigidas para a operacionalização das propostas apresentam-se como ações essenciais para orientar e conduzir movimentos de industrialização em espaços periféricos, consolidando o desenho institucional e a forma de operação do modelo de intervenção do Estado desenvolvimentista.. (UDERMAN, 2008, p. 237).

E mais adiante, Underman (2008, p. 247) assevera que:

Os elevados índices de desemprego, as desigualdades socioespaciais e a crescente concentração de renda observada nos países latino-americanos, por sua vez, indicavam também a necessidade de avançar na formulação de estratégias de desenvolvimento integradas, em que o Estado desempenharia um papel de grande relevância. (UDERMAN, 2008, p. 247).

Como requisito para um adequado planejamento, é fundamental que o Estado identifique a estrutura econômica e social do país, a fim de direcionar suas ações aos setores com maior ou menor intensidade, a depender das exigências e finalidades almejadas. De tudo que foi dito, algumas ilações podem ser realizadas do planejamento da atividade econômica, consoantes as lições de Adri (2010a) que conclui que (a) o planejamento estatal é um dever legal e não uma faculdade, e deve contar sempre com a atuação legitimadora e integradora do setor privado; (b) o planejamento estatal visa coordenar recursos orçamentários disponíveis, aplicando-os a metas específicas, no tempo e modo previamente previstos, com o mínimo de custo; (c) a publicidade, transparência e responsa-

bilidade fiscal, aliado a planejamento de médio e longo prazo permitirá o soerguimento econômico e social do modelo de Estado Democrático de Direito; (d) existe nítida imbricação entre as atividades planejadoras e a elaboração das leis orçamentárias; (e) a exposição de motivos da lei que encaminha o respectivo plano estatal, vislumbra-se um instrumento interpretativo na implementação; (f) planejamento é condição sine qua non para um desenvolvimento organizado e sistemático na direção de uma sociedade melhor.

Na busca pelo bem-estar social, é insofismável condicionar a atividade econômica ao planejamento, pois trará segurança jurídica, publicidade, lisura e eficiência ao exercício estatal e, ainda mais, ao setor privado.

As políticas públicas e os efeitos no planejamento econômico

Hodiernamente, a Administração Pública brasileira formalmente passou de uma administração pública burocrática para gerencial, mantendo alguns traços da administração pública patrimonialista, conforme estatui o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995).

Desse modo, passa a ser vital que a administração seja planejada e permeada pela instituição de políticas públicas com o objetivo de promover efetivo desenvolvimento do país a gerar bem-estar social como resultado do princípio da eficiência, numa lógica de atendimento do direito fundamental à boa administração pública.

Segundo Derani (2002, p. 238):

As políticas são chamadas de públicas, quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais. São políticas públicas porque são manifestações das relações sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores da vida social. (DERANI, 2002, p. 238).

Nesse sentido, pode-se dizer de forma simplista e minimalista que as políticas públicas são intervenções planejadas do poder público com a finalidade de resolver situações problemáticas. Daí, ante as novas perspec-

tivas, a definição tradicional de direito constitucional econômico passa a refletir o Estado Social de Direito, alterando-se os protótipos, transferindo ao Estado a responsabilidade de implementar políticas públicas.

Aduzindo que o Estado deve esquivar-se de sua condição de inerte e elaborar políticas de interesse público e coletivo, Grau (2009, 1.980) explicita que:

(...) a Constituição aí nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão o rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias. (GRAU, 2009, p. 1.980).

Assim, as políticas públicas, como instrumento de promoção social, são ideais para proporcionar mutações sociais e garantir equilíbrio às relações econômicas.

O trabalho de fiscalização, regulação, incentivo e planejamento econômico por parte do Estado é indissociável da realização de políticas que possibilitem o processo de desenvolvimento econômico-social.

Os postulados que regem a ordem econômica constitucional (livre iniciativa e valorização do trabalho humano) só irão se irradiar pelo sistema, de forma a permitir a plena realização dos princípios jurídicos que o regem, caso o planejamento econômico seja efetivo tanto para o setor público quanto para o setor privado, porquanto, somente quando houver a conscientização de que tão somente o montante financeiro não é suficiente a elevar o nível de desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento social, abarcando educação, cultura, profissionalismo, saúde, segurança e outros, é que mostra um panorama geral do estágio de progresso de determinado grupo social.

O poder público exerce algumas funções econômicas que, por vezes, são inadequadamente cumpridas pelos particulares, o que explica a atuação subsidiária no domínio econômico. Nessa função alocativa, especificamente no fornecimento de bens e serviços públicos que o mercado não oferta, pautando-se na não exclusão de indivíduos sem acesso ao bem que a iniciativa privada não teria interesse momentâneo na exploração, seja pelo custo, seja pela incipiência do mercado consumidor. Na função

distributiva, a atuação acontece quando o sistema de preços e de renda não proporciona uma justa distribuição, sendo necessária a intervenção do Estado. De outro lado, a função estabilizadora visa equilibrar a produção e o crescimento dos preços, altera os níveis de preço e de emprego com políticas fiscais, cambiais, monetárias e outras. Por fim, é de se ressaltar a função de crescimento econômico, que almeja o aumento de capital, tanto com investimentos públicos quanto com investimentos e incentivos ao setor privado (VASCONCELLOS; GARCIA, 2014, p. 189-192).

Com efeito, imperioso reconhecer que a exploração da atividade econômica não se dá de maneira isolada, ao revés, o processo de desenvolvimento econômico adquirirá linearidade, intensidade e harmonia no momento em que considerar todos os demais fatores sociais e humanos a estruturá-lo.

Nesse passo, Horta (1999) já vaticinava:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. (HORTA, 1999, p.).

Enfim, as políticas públicas são instrumentos de suma relevância a subsidiar a alteração de paradigmas sociais na seara econômica, representando verdadeiro alicerce na difusão da compreensão de que a exploração econômica deve almejar e auxiliar no equilíbrio e na dignidade social.

As implicações da ineficiência do planejamento no desenvolvimento econômico

Conforme já explicitado, é possível reconhecermos que o Direito Constitucional Econômico é um direito público e voltado à preservação e à progressão do bem-estar social, mormente por estar inserto no texto constitucional.

Nesse diapasão, é imperioso reconhecer, ainda, que a ingerência do Estado na economia baseia-se na necessidade de modular os interesses econômicos aos demais interesses, fazer com que o intuito lucrativo não se sobreponha aos aspectos sociais, culturais, ambientais etc.

Com o objetivo de assegurar que a exploração da atividade econômica observe os delineamentos constitucionais, impõe-se a intervenção estatal, de maneira direta ou indireta, com o fito de condicionar, instruir, o processo econômico.

E neste contexto é importante destacar a necessidade de participação social na atividade de planejamento estatal, aproximando-se à ideia de administração pública dialógica e de democracia participativa. E existem vários instrumentos normativos que impõe um planejamento e orçamento participativo, tais como as disposições do inciso I, do § 1º do art. 48 da Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000), bem como o Decreto nº 8243 (BRASIL, 2014), dentre outros, no que, pode-se afirmar que boa parte dos conflitos distributivos do orçamento público e a existência de planejamento deficiente decorrem por falta de participação da sociedade.

A intervenção estatal na economia instala a fase do “(...) dirigismo econômico, em que o Poder Público produz uma estratégia sistemática de forma a participar ativamente dos fatos econômicos” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 944).

Ocorre que, muitas vezes, o próprio Estado faz-se negligente na missão de propiciar meios para a consecução dos fins almejados pelo Direito Constitucional Econômico, sobretudo quando não efetiva o planejamento.

Assim, com planejamento é possível fixar os objetivos, os meios e os instrumentos para atingi-los, inserindo os reais fundamentos econômicos em sua estrutura, quais sejam, existência digna e justiça social, bem como considerar externalidades, prevenir-se, atuar com transparência. Este é o papel do Estado.

O planejamento deve servir de guia à verificação da realização das finalidades demandadas pelo corpo social, atuando como norte a orientar e validar como constitucional ou não o exercício das atividades econômicas.

Sabemos que o desenvolvimento econômico tem implicação direta no desenvolvimento social, porém, na pragmática, verifica-se que há

concentração dos lucros advindos da exploração econômica numa pequena parcela da sociedade, em contraposição à gigantesca massa de mão-de-obra economicamente fraca, vivendo em estado de miséria e ganhando o mínimo para a sobrevivência. Nesse cenário, não se vislumbra a efetivação da existência digna proclamada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não raras vezes, o Estado se queda inerte frente às ingerências de fortes setores privados, que dominam a economia e sujeitam os demais indivíduos a instrumentos aptos a proporcionar seus elevados ganhos. Os agentes públicos são “capturados” e passam, consciente ou inconscientemente, a defender interesses diversos do interesse público, isso quando não permanecem ligados à sua classe social originária, atuando como uma espécie de porta-voz (“intelectual orgânico”, cf. designação cunhada por Antonio Gramsci).

Tal fato influencia diretamente na configuração de uma sociedade tecnológica e moderna quase mantém não desenvolvida e completamente desequilibrada.

A negligência do Estado no planejamento do processo econômico dá ensejo à manutenção de uma economia segregada, que continua mantendo a condição de abastados e miseráveis, perpetuando, quando não aumentando, o fosso social entre os mais ricos e os mais pobres. O processo de desenvolvimento econômico acaba por não socializar a riqueza produzida, naturalizando, ainda mais, as desigualdades sociais.

Nos dizeres de Bastos e Martins (1988, p. 72):

A verdade é que o Estado não consegue submeter suas empresas regidas pelo direito privado a uma verdadeira mentalidade empresarial; pelo contrário sempre encontra formas de pô-las a serviço dos interesses do poder, e não da coletividade. (BASTOS; MARTINS, p. 72).

O serviço econômico explorado pelo próprio Estado constantemente se dá de maneira ineficiente ante a ausência de planejamento e de engajamento em fornecer o melhor possível ao público.

Repisamos que a ordem constitucional econômica funda-se na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o escopo de endossar existência digna, sob os preceitos da justiça social, sendo

que esses fundamentos “são os pilares de sustentação do regime econômico e, como tal, impõem comportamentos que não os contrariem” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 947), mas o que se percebe é que a ausência de planejamento ou o planejamento insuficiente muitas vezes não é decorrente de uma fatalidade, mas algo orquestrado e com bastante intencionalidade.

O direito econômico deve ser democrático. A atuação do agente estatal na regulação, fiscalização e realização da exploração econômica abre portas ao nivelamento e à efetivação de igualdade formal e material. Cite-se como exemplo os incentivos e regras diferenciadas às microempresas e empresas de pequeno porte.

Por essa razão, Bensoussan e Gouvêa (2017) lecionam que:

(...) o direito econômico também irá cuidar de medidas econômicas tomadas por força do princípio democrático, para atender demandas ou interesses de grupos ou minorias, ainda que não diretamente voltadas aos fins pretendidos pelo governo. Tais medidas se inserem na política econômica em sentido mais amplo, a significar qualquer opção econômica tomada pelo governo e positivada juridicamente (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2017, p. 31).

Posto isso, entende-se que o direito econômico é instrumento propulsor de transformação social. Refletindo inegável caráter socializador, materializa os postulados de isonomia e contribui na desenvoltura sociopolítica de seu corpo social. Basta ao Estado efetivar as premissas e as determinações do texto magno.

Freitas (2014, p. 171), ao destacar a atuação indireta e regulatória do Estado, enfatiza a necessidade de fazer com que os agentes de mercado e do governo cooperem para o desenvolvimento sustentável, via exercício legal e legítimo, prevenido e precavido, normativo e concreto, ampliando a inteligência do poder de polícia administrativo, além de exigir qualidade dos bens e serviços em conformidade com a coexistência harmônica dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Por fim, Freitas (2014, p. 172), no âmbito do Estado regulador, indica alguns dos instrumentos ou mecanismos que podem ser utilizados nas funções estatais de fomento e prestacionais enquanto regulação sustentável:

- a) incentivos alinhados e intertemporalmente congruentes;
- b) participação ativa da cidadania e ampla transparência regulatória (ativa e passiva), especialmente para mitigar as assimetrias de informações;
- c) desburocratização radical do processo regulatório, mediante drástica racionalização normativa e concomitante aceleração dos procedimentos digitais;
- d) planejamento estratégico, integrativo e coordenado, que se traduz em métrica de qualidade, pactuadas entre os parceiros públicos e privados, e viabilize o monitoramento, em tempo útil, da implementação detalhada das políticas públicas;
- e) defesa robusta dos direitos fundamentais de consumidores em geral e dos usuários de serviços públicos em geral, com a cobrança de altos *standards* protetivos e orientativos, bem como articulação contra técnicas regressivas, que distorcem o mercado
- f) conformação de ambiente negocial juridicamente seguro para o empreendedorismo inclusivo;
- g) incorporação dos critérios de sustentabilidade em todo processo de decisão regulatória, sob pena de nulidade;
- h) avaliação contínua dos impactos regulatórios, que contemple os efeitos da regulação sobre o mercado e os serviços públicos, com foco na redução de efeitos sistêmicos negativos;
- i) redefinição do custo-benefício para que proceda uma análise que transcenda os ditames da eficiência econômica, conferindo primado à implementação das políticas de bem-estar e ecoeficiência; e
- j) inteligibilidade e consolidação das resoluções regulatórias, no intento de alcançar a adesão consciente dos setores regulados e da sociedade, com atuação cientificamente motivada.

Percebe-se que, grande parte dos pontos de vista defendidos neste trabalho foram também apontados pelo autor. Nota-se, assim, que, de fato, há a necessidade de um estudo mais verticalizado em outra oportunidade, mas certamente o Estado brasileiro deverá afastar os resquícios do patrimonialismo para a realização do direito fundamental à boa administração.

Daí, novamente, citar Freitas (2014, p. 21), quando:

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que

pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade pro suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a congruência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (...) No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: a) o direito à administração transparente (...); b) o direito à administração pública sustentável (...); c) o direito à administração pública dialógica (...); d) o direito à administração pública imparcial e desviesada (...); e) o direito à administração pública proba (...); f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada (...); g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (...).

Contudo, não se deve contentar com uma atuação no domínio econômico que atenda apenas alguns dos objetivos ou finalidades dessa operação, mas buscar a resolução dos problemas estruturais e que de fato melhorem as condições sociais do povo. Nesse sentido, Muñoz (2012, p. 17) sintetiza essas angústias ao afirmar que:

O bom governo e a boa administração dos tempos em que vivemos há de estar comprometidos radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devem estar orientados a fomentar a liberdade solidária dos cidadãos. Para isso, é preciso que o governo e a administração trabalhem sobre os problemas reais do povo e procurem buscar as soluções escutando os setores atingidos.

Encerrando, nota-se que Freitas (2014, p. 172-173) conclui que:

Cumprir, em última análise, assimilar, para todos os efeitos, a boa administração como direito fundamental. Trata-se de relevante mudança de postura, que favorece o desenvolvimento sustentável, aquele que importa. Quer-se, pois a Administração Pública que não se contenta em tornar boas as más escolhas. A partir de agora, com metas pactuadas, confiáveis e sem utopismo ingênuo, imprescindível praticar uma renovada governança pública, com acesa imaginação e verdadeiro compromisso com a sorte das gerações presentes e futuras.

Enfim, a atividade de planejamento deverá ensejar um desenvolvimento sustentável, onde haja o aumento da competitividade da economia (aspectos econômicos), a elevação da qualidade de vida da população (aspectos sociais) e a conservação ambiental (aspectos ambientais). Não sem motivo que Adri (2010b) conclui que:

O planejamento do desenvolvimento econômico e social do país consiste no processo conjugado de atos políticos e jurídicos que objetiva alcançar as finalidades e anseios da sociedade, conforme os princípios e escopos definidos no ordenamento jurídico. (...) A mudança de mentalidade de nossos legisladores e agentes políticos para que elaborem um planejamento sustentável e cumpridor dos objetivos, fundamentos e valores constitucionais, sob pena de apuração de responsabilidade, é imprescindível. (...) Finaliza-se, então, para ressaltar a necessidade de priorizar o exercício da função estatal de planejar, que deve anteceder as demais, em vistas à implementação dos fundamentos e dos objetivos firmados por nossa Constituição da República de 1988, possibilitando a construção de um planejamento equilibrado e sustentável do futuro.

Em relação à administração pública gerencial, não há espaço para amadorismo e o poder público deve profissionalizar seus quadros de servidores, fortalecer suas estruturas de planejamento e buscar uma intensa interação com a iniciativa privada e com a academia, a fim de encontrar soluções para os novos problemas, permitindo um desenvolvimento nacional, com justiça social, visando assegurar a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

A Ordem Econômica brasileira ganha papel de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja quanto ao delineamento da atuação do Estado executor ou do Estado regulador da atividade econômica.

Como em todo o arcabouço de ditames constitucionais, o direito econômico e financeiro é também delineado pelo texto constitucional com fulcro nas tendências humanizadoras, democráticas e de compartilhamento social.

Congregando os postulados econômico-constitucionais a serem buscados, o texto maior estabelece como postulado a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, bem como os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, tudo visando assegurar o desenvolvimento nacional, com justiça social e existência digna.

Entretanto, o cenário atual demonstra o descaso do Estado frente aos ditames constitucionais, vez que se verifica a falta de planejamento, ausência de transparência, inexistência de organização *pro futuro* e concessão de privilégios imotivados e segregadores. Argumenta-se nesse sentido ante as visíveis desigualdades sociais, econômicas, laborais e jurídicas.

É bem verdade que a ingerência do Estado na economia deve se dar de forma excepcional e pontual, por não ser esse o seu papel principal e por ser a atividade econômica livre à iniciativa privada, porém, é imprescindível sua ocupação como garantidor de relações econômicas que atendam aos interesses da sociedade, que valorizem o trabalho humano, que utilizem os recursos naturais com responsabilidade e que promovam paridade entre os diversos empreendedores.

Por outro lado, conclui-se que a interferência do agente estatal na economia é imprescindível na provocação e fomento desenvolvimento econômico e socialmente sustentável.

O Estado, ao atuar como regulador, normatizador, fiscalizador e também como empresário, tem a obrigatoriedade de envidar esforços e criar mecanismos de realização de uma justiça econômica.

O planejamento é um importante instrumento de preparação, avaliação e construção de um processo econômico adequado e socializador. Mas, além de recomendável, é uma obrigação do gestor público, constituindo-se em um dever inafastável, tanto por determinação do texto constitucional quanto por determinação de várias leis esparsas.

Enfim, o desenvolvimento econômico pautado por um profícuo planejamento pode exercer influência direta e refletiva no desenvolvimento social. Por isso, evidencia-se a necessidade de uma democratiza-

ção da renda no país, tudo visando a reduzir as desigualdades, porquanto é inaceitável que a atuação do Estado, seja qual for, reforce, reproduza, banalize e naturalize ainda mais as desigualdades já existentes.

Destarte, o planejamento econômico é essencial no ato de instigar e induzir um processo que vise ao mesmo tempo o aumento da competitividade, a elevação da qualidade de vida da população e promova a sustentabilidade, realizando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. E não sem razão que hodiernamente há a imposição de um planejamento participativo e que é um pressuposto para realização do direito fundamental à boa administração, tudo num ambiente de administração pública dialógica e participativa.

Assim, a atividade de planejamento, notadamente o planejamento econômico, deverá ser eficiente e afastada dos princípios patrimonialistas, evitando que parcela do setor privado se aproprie e se instrumentalize a partir do Estado, de forma a representar um esforço para mudança do marco civilizatório do Brasil, constituindo-se em um passo rumo à concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Referências bibliográficas

ADRI, Renata Porto. *O planejamento da atividade econômica como dever do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.

_____. Da função estatal de planejar a atividade econômica: breves reflexões sobre o art. 174 da Constituição da República de 1988. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b, p. 145-158.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERSOUSSAN, Fabio Guimarães. GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Manual de direito econômico*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

BIELSCHOWSKY, R. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. *Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8243.htm>. Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 8 de março de 2018.

_____. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 8 de março de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSESE, Sabino. La Noción de “Constitución Económica y las Transformaciones del Estado”. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 14, out./dez. 2003. Traduzido para o Espanhol pelo Prof. Juan M. González Moras.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FABRI, Andréa Queiroz. *Planejamento econômico e mercado: aproximação possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 9. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 Apud Comentários à Constituição Federal de 1988*/coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

KOTLER, Philip. *Administração de Marketing: Andlise, Planejamento e Controle*. 2º Volume, I. ed. São Paulo: Atlas, 1975.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TODARO, M. P. *Introdução à economia uma visão para o terceiro mundo: uma introdução aos princípios, problemas e políticas para o desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1979;

UDERMAN, Simone. O Estado e a formulação de políticas de desenvolvimento regional. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 39, n. 2, abr-jun 2008.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Edson José de Souza Júnior - Professor do Programa de Mestrado Profissional em Desenvolvimento Regional do UniAlfa. Professor da Graduação do UniAlfa. Pós-Doutor pela Università degli Studio de Messina (It). Doutor em Educação pela PUC-GO. Mestre em Educação pela UFG. Mestre em Direito Agrário pela UFG. Graduado pela UFG. Advogado e Procurador Federal/AGU. E-mail: edsonjose.souza@agu.gov.br

Giulliany Letícia da Silva - Graduada em Direito - Faculdades Alves Faria (2013). Pós-graduada, nível especialização, em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Unyleya (2018). Pós-graduada, nível especialização, em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Atualmente é Assistente Administrativo de Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Direito Penal. Possui habilitação na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Mediadora Judicial. E-mail: giullianyleticia@gmail.com

Rotulagem de alimentos transgênicos e o direito à informação: aspectos de boa-fé objetiva e transparência

MÁRIO DE QUESADO MIRANDA BEZERRA

MARIANA ARAÚJO LOBATO

VALTER MOURA DO CARMO

Resumo: O escopo da presente pesquisa se traduz na abordagem acerca do direito fundamental à informação no que tange ao consumo de alimentos geneticamente modificados, nesse sentido, com o surgimento de tecnologias, a produção de bens e a evolução científica geraram novas possibilidades de riscos, posto que a sociedade hodierna é de incertezas, assim, é nesse contexto que se insere o consumo de alimentos geneticamente modificados, os quais resultam de avanços da biotecnologia, contudo, são desconhecidos em sua completude, quais os riscos, bem como os danos que o consumo dos referidos alimentos podem gerar aos consumidores. Até a data desta pesquisa, os alimentos que possuem a concentração de transgênicos superior a 1% são identificados por meio de um símbolo com a letra 'T' e passam por avaliações mais criteriosas de qualidade. Ocorre que o Projeto de Lei nº 4.148/2008 (atual PLC nº 34/2015, em trâmite no Senado Federal) pretende modificar as regras brasileiras de rotulagem de alimentos transgênicos e nos termos desse projeto, haveria redução de dados relativos aos alimentos com modificações prejudiciais no que diz respeito à informação dos produtos com alguma espécie ou derivados de organismos geneticamente modificados. Todavia, referida alteração na legislação de biossegurança colide com o direito garantido constitucionalmente à informação, bem como os princípios da boa-fé e da transparência, orientadores das relações de consumo, sendo certo que, é direito do consumidor ter todas as informações acerca do que está consumindo. Para tanto, utilizou-se de metodologia bibliográfica, qualitativa, descritiva e exploratória.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Princípio da transparência. Autonomia Privada. Transgênicos.

LABELING OF TRANSGENIC FOODS AND THE RIGHT TO INFORMATION: ASPECTS OF OBJECTIVE GOOD FAITH AND TRANSPARENCY

Abstract: The scope of the present research is translated into the approach to the fundamental right to information regarding the consumption of genetically modified food, in this sense, with the emergence of technologies, the production of goods and scientific evolution have generated new possibilities of risks, since Today's society is uncertain, so it is in this context that the consumption of genetically modified foodstuffs, which are the result of advances in biotechnology, is involved, but the risks and the can generate to consumers. Until the date of this research, foods with a concentration of transgenic higher than 1% are identified by a symbol with the letter 'T' and undergo more careful quality evaluations. It happens that Bill No. 4,148 / 2008 (current LP No. 34/2015, pending in the Federal Senate) intends to modify the Brazilian rules for the labeling of transgenic foods and under the terms of this project, there would be a reduction of data on foods with harmful modifications as regards the information of products with

some species or derivatives of genetically modified organisms. However, such a change in biosafety legislation conflicts with the constitutionally guaranteed right to information, as well as the principles of good faith and transparency, guiding consumer relations, while it is the consumer's right to have all the information about what is consuming. For that, we used bibliographical methodology, qualitative, descriptive and exploratory

Keywords: Objective good faith. Principle of transparency. Private Autonomy. Transgenic.

Introdução

As relações de consumo se caracterizam por uma desigualdade em relação aos seus sujeitos. Ou seja, em uma relação de consumo, há a necessidade de intervenção do Estado, a fim de nivelar e neutralizar essa desigualdade. Ademais, partindo do pressuposto de que nas relações de consumo há um aspecto contratual, a boa-fé se traduz em um requisito essencial para que haja transparência na relação entre fornecedor e consumidor, bem como, para garantir o equilíbrio entre as partes.

É importante mencionar que o direito à defesa do consumidor é garantido constitucionalmente, posto que o arcabouço jurídico legitimador do Código de Defesa do Consumidor é um dispositivo constitucional inserido do capítulo de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º XXXII da Constituição Federal de 1988).

Nesse sentido, é importante ressaltar que a cláusula geral da boa-fé objetiva traduz-se na imposição de posturas éticas, como probidade e honestidade em todas as fases do contrato, às partes contratantes. Princípio do direito civil que resulta na limitação da autonomia privada, esta cláusula também rege as relações de consumo.

Ademais, no mesmo artigo do Código de Defesa do Consumidor em que o princípio da boa-fé objetiva é consagrado como cláusula geral em questões atinentes às relações de consumo, também é ressaltado o princípio da transparência, o qual deriva do primeiro.

O princípio da transparência aplicado às relações de consumo se traduz no dever que o fornecedor tem em garantir informações corretas e precisas sobre um produto, serviço ou até mesmo contrato, restando claro que o plano de fundo de referido princípio é o direito fundamental à informação.

Entende-se ainda, que a boa-fé objetiva e o princípio da transparência devem ser aplicados no que diz respeito à rotulagem de alimentos

transgênicos (organismos geneticamente modificados), até mesmo porque o direito à informação está inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Nesse contexto, destaque-se que, em tempos de grandes avanços da biotecnologia, torna-se imperioso afirmar que avanços incitam a riscos, uma vez que ainda não se sabe quais os perigos que os seres humanos estão a correr quando consomem alimentos transgênicos.

Dito isto, faz-se necessário levantar questões atinentes ao Projeto de Lei nº 4.148/2008¹ (atual PLC nº 34/2015, em trâmite no Senado Federal), o qual sugere alterações relativas à rotulagem e identificação de alimentos transgênicos no Brasil.

Se aprovado, referido projeto irá alterar o Art. 40 da Lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005) que regulamenta a fiscalização de atividades que envolvem OGM's – Organismos Geneticamente Modificados.

Para tanto, como metodologia, o artigo se utilizou de bibliografia referente à temática, bem como é pura, uma vez que tem por escopo a ampliação de conhecimentos e, ainda, juntamente com a abordagem qualitativa, uma vez que busca apreciar a realidade dos impactos causados pelos Organismos Geneticamente Modificados. Descritiva, visto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado. Exploratória, pois objetiva aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em foco.

O surgimento de organismos geneticamente modificados (OGM) e regulamentação no Brasil

Histórias sobre danos causados pelo tabaco², amianto³ e DDT⁴ (Dicloro-difenil-tricloroetano) são comuns, ressalte-se que, originalmente eles eram declarados seguros, todavia, foram causadores de mortes e doenças generalizadas. Embora seu impacto fosse vasto, a maioria da

¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>>.

² Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/doencas>. Acesso em: 03 março 2018.

³ Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42175321>>. Acesso em: 03 março 2018.

⁴ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422002000600017>. Acesso em: 03 março 2018.

população foi poupada e pouco se falava em riscos, mesmo porque, não se tratava de produtos de uso universal e nem toda a população seria afetada em caso de dano pelo seu uso ou consumo. O mesmo não pode ser dito para mudanças no que diz respeito aos alimentos. A alimentação é um hábito universal, portanto, todos são afetados e o aumento de várias doenças no mundo pode ser atribuído às profundas mudanças alimentares.

A alteração mais radical ocorreu há pouco mais de uma década, quando o cultivo de plantas geneticamente modificadas fora introduzido. Sua influência na saúde tem sido largamente ignorada, mas, conforme será exposto adiante, estudos recentes mostram sérios problemas, quando do seu consumo contínuo e é exatamente nesse diapasão que se insere o a afronta ao direito à informação, notadamente no que diz respeito à rotulagem de alimentos transgênicos. A Propósito, organismos geneticamente modificados têm sido associados a milhares de reações de tipo tóxico ou alérgico, milhares de animais doentes, estéreis e mortos e a danos a praticamente todos os órgãos e sistemas estudados em animais de laboratório. O estudo de segurança alimentar animal mostra efeitos adversos ou inexplicados⁵⁶ (SMITH, 2015, *Online*).

Nesse sentido, destaque-se que os alimentos transgênicos foram possíveis graças a uma tecnologia, segundo a qual os genes de uma espécie são juntados ao DNA de outras espécies. A definição de organismos

⁵ Tradução livre e resumida de parte do texto “state-of-the-science on the health risks of gm foods”. Na integral: “we all know stories of tobacco, asbestos, and DDT. Originally declared safe, they caused widespread death and disease. Although their impact was vast, most of the population was spared. The same cannot be said for sweeping changes in the food supply. Everyone eats; everyone is affected. The increase in several diseases in North America may be due to the profound changes in our diet. The most radical change occurred a little over a decade ago when genetically modified (GM) crops were introduced. Their influence on health has been largely ignored, but recent studies show serious problems. Genetically modified organisms (GMOs) have been linked to thousands of toxic or allergic-type reactions, thousands of sick, sterile, and dead livestock, and damage to virtually every organ and system studied in lab animals. 1 Nearly every independent animal feeding safety study shows adverse or unexplained effects. GM foods were made possible by a technology developed in the 1970s whereby genes from one species are forced into the DNA of other species. Genes produce proteins, which in turn can generate characteristics or traits. The promised traits associated with GMOs have been sky high – vegetables growing in the desert, vitamin fortified grains, and highly productive crops feeding the starving millions. None of these are available. In fact, the only two traits that are found in nearly all commercialized GM plants are herbicide tolerance and/or pesticide production. Herbicide tolerant soy, corn, cotton, and canola plants are engineered with bacterial genes that allow them to survive otherwise deadly doses of herbicides. This gives farmers more flexibility in weeding and gives the GM seed company lots more profit.” Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewicvfts593QAhVCS5AKHXjqCalQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.responsibletechnology.org%2Fdocs%2F145.pdf&usq=AFQjCNEI7ipAkJzTGTq50KsDweJX2qW-Zw>>.

⁶ SMITH. Jeffrey.M, State-of-the-science on the health risks of gm food. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewicvfts593QAhVCS5AKHXjqCalQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.responsibletechnology.org%2Fdocs%2F145.pdf&usq=AFQjCNEI7ipAkJzTGTq50KsDweJX2qW-Zw>>. Acesso em: Dez., 2017.

geneticamente modificados não fora deixada a cargo da doutrina, sendo, por sua vez, estabelecida na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2002) em seu art. 3º,V como aqueles cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética.

Os OGM surgiram em meados da década de 70, com o avanço da biologia molecular e da genética, todavia, no Brasil, o cultivo das plantas que passaram por modificações genéticas se iniciou no final da década de 90. Salienta-se que, o cultivo inicial de alimentos geneticamente modificados foi realizado ilegalmente no Brasil, ainda na mesma década, mais especificamente no Rio Grande do Sul, onde foram encontradas plantações de soja transgênica contrabandeadas da Argentina. A autorização legal da comercialização dos grãos oriundos deste cultivo ilegal se deu apenas em de 2003, por meio de uma Medida Provisória^{7,8}.

É importante ressaltar que a positivação e liberação da soja transgênica no Brasil ocorreu em 1995, com o surgimento da Lei biossegurança – Lei nº 8.974, a qual fora revogada posteriormente, pela Lei nº 11.105/2005. A temática relativa à regulamentação de transgênicos é tema bastante controversa, uma vez que diz respeito à segurança alimentar e questões atinentes à rotulagem.

Em 2001, foi editado o Decreto nº 3871/2001, que dispunha que na comercialização de alimentos destinados ao consumo humano que contivessem ou fossem produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com a presença acima do limite de 4% (quatro por cento), os consumidores deveriam ser informados da natureza transgênica do produto.

Posteriormente, mais especificamente em 2003, o Decreto nº 3871/2001 foi revogado pelo Decreto nº 4680/2003, que apenas modificou a percentagem limite representativa da natureza transgênica de um produto para 1% (um por cento). Junto com esta modificação, surgiu o símbolo dos alimentos transgênicos, por meio da Portaria nº 2658/2003, publicada pelo Ministério da Justiça.

No cenário nacional, após a autorização do cultivo de plantas geneticamente modificadas, o Greenpeace e o Instituto de Defesa do

⁷ Medida Provisória nº 113, de 26 de março de 2003.

⁸ RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n2/a10v17n2.pdf>>. Acesso em: Nov., 2017.

Consumidor (IDEC), entraram com um processo contra a Monsanto e o Governo Federal. A referida demanda marcou o início da moratória judicial para liberações comerciais de transgênicos no Brasil e fez com que as variedades transgênicas permanecessem fora do mercado entre 1998 e 2003. Vale destacar que o presente litígio, até a data da realização desta pesquisa, encontra-se em tramite judicial. O procedimento e a cronologia da referida celeuma pode ser entendido melhor em análise pelo Quadro 1.

Quadro 1: Transgênicos – Cronologia das Ações Jurídicas no Brasil.

| Data | ATO |
|----------|---|
| Jan/1995 | Promulgada a Lei de Biossegurança. Formação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). |
| Jun/1998 | Parecer favorável ao pedido de liberação para cultivo comercial da soja transgênica Roundup Ready realizado à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) pela Monsanto. |
| Set/1998 | Em 14 de setembro, Greenpeace e Idec ingressam com uma Medida Cautelar e uma Ação Civil Pública na 6ª Vara da Justiça Federal, em Brasília (DF), com o objetivo de impedir que a CTNBio autorizasse qualquer pedido de plantio de transgênicos antes da devida regulamentação da matéria e exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). Em 15 de setembro, aplicando o Princípio da Precaução, a Justiça concede liminar à medida cautelar impetrada por Greenpeace e Idec, proibindo a União de autorizar o plantio comercial de soja transgênica enquanto não regulamentar a comercialização de produtos geneticamente modificados e realizar estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA). |
| Fev/1999 | O Ibama ingressa na Ação Civil Pública movida pelo Greenpeace e Idec pela necessidade de realização de EIA/RIMA antes da liberação comercial de transgênicos no meio ambiente brasileiro. |
| Jun/1999 | A Monsanto entra com agravo regimental no Tribunal Regional Federal (TRF), pedindo a suspensão da liminar da medida cautelar que impede a autorização para cultivo e comercialização da soja transgênica. O TRF rejeita o requerimento da Monsanto. |

| Data | ATO |
|----------|---|
| Ago/1999 | Em 10 de agosto, o juiz da 6ª Vara Federal de Brasília, Antônio Souza Prudente, confirma, através de sentença, medida cautelar que suspende o plantio da soja transgênica no País até que seja realizado o EIA/RIMA. Confirmado o mérito da decisão tomada em junho, tornam-se inviáveis os planos da Monsanto de vender legalmente sementes transgênicas para a safra de 2000. |
| Jun/2000 | Em 26 de junho, o juiz da 6ª Vara Federal de Brasília, Antônio Souza Prudente, profere sentença sobre a Ação Civil Pública exigindo o EIA/RIMA não apenas para a soja transgênica Roundup Ready da Monsanto, mas para qualquer organismo geneticamente modificado a ser introduzido no meio ambiente brasileiro. O juiz condenou a União a exigir da CTNBio, no prazo de 90 dias, elaboração de normas relativas à segurança dos alimentos e proibindo o órgão de emitir qualquer novo parecer. |
| Ago/2000 | Em 08 de agosto, as apelações da Monsanto e da União Federal são apreciadas e rejeitadas por unanimidade pela 2ª Turma do TRF da 1ª Região (DF). Votaram os juízes: Dra. Assusete Magalhães (relatora), Dr. Jirair Aram Megueriam e Dr. Carlos Fernando Mathias. |
| Dez/2000 | Em 28 de dezembro, o Poder Executivo Federal publica a Medida Provisória 3.137, que vincula as decisões da CTNBio às determinações dos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Agricultura. |
| Fev/2002 | Em 25 de fevereiro começa o julgamento da apelação da Ação Civil Pública apresentadas pela União e Monsanto no TRF-DF. A relatora, Selene Maria de Almeida, vota pela derrubada da determinação do juiz Prudente. Mais dois juízes ainda têm que votar para a sentença. |

Adaptado de: <http://www.comciencia.br/reportagens/transgenicos/trans03_tabela1.htm>, com modificações realizadas pela autora.

Nesse sentido, Rangel⁹ entende que para que haja a liberação de organismos geneticamente modificados no plantio e consumo, deve haver uma análise criteriosa acerca dos riscos à saúde humana, bem como quais os possíveis efeitos desses produtos ao meio ambiente.

⁹ RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Uma análise bioética dos alimentos transgênicos: contornos do princípio da precaução em sede de segurança alimentar*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15392>. Acesso em: Nov., 2017.

Com isso, vale ressaltar que já existem vários estudos que comprovam os riscos relativos ao consumo de alimentos geneticamente modificados. O Instituto de Tecnologia Responsável (IRT) é a fonte mais abrangente de informações sobre saúde e organismos geneticamente modificados na *internet*¹⁰, e Smith¹¹, alerta os consumidores sobre os riscos que o consumo de organismos geneticamente modificados podem causar, tais como, infertilidade, problemas imunológicos, envelhecimento acelerado, regulação de insulina defeituosa e alterações nos principais órgãos e no sistema gastrointestinal¹².

O autor ainda elenca uma série de pesquisas acerca dos riscos provenientes do consumo e plantio de organismos geneticamente modificados, todavia, a que mais chama atenção diz respeito a uma epidemia mortal causada por um suplemento alimentar geneticamente modificado:

In the 1980s, a contaminated brand of a food supplement called L-tryptophan killed about 100 Americans and caused sickness and disability in another 5,000-10,000 people. The source of contaminants was almost certainly the genetic engineering process used in its production. The disease took years to find and was almost overlooked. It was only identified because the symptoms were unique, acute, and fast-acting. If all three characteristics were not in place, the deadly GM supplement might never have been identified or removed. If GM foods on the market are causing common diseases or if their effects appear only after long-term exposure, we may not be able to identify the source of the problem for decades, if at all. There is no monitoring of GMO-related illnesses and no long-term animal studies. Heavily invested biotech corporations are gambling with the health of our nation for their profit.¹³

¹⁰ Fundado em 2003 pelo autor de best-seller internacional e advogado de direito do consumidor, Jeffrey Smith, o IRT tem trabalhado em mais de 40 países em 6 continentes, e possui créditos pela melhoria das políticas governamentais e influencia nos hábitos de compra do consumidor.

¹¹ SMITH, Jeffrey.M, State-of-the-science on the health risks of gm food. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwicvfts593QAhVCS5AKHXjqCaIQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.responsibletechnology.org%2Fdocs%2F145.pdf&usq=AFQjCNEI7ipAkZTGTq50KsDweJX2qW-Zw>>. Acesso em: Dez., 2017.

¹² No original: [...]“Several animal studies indicate serious health risks associated with genetically modified (GM) food (American Academy of Environmental Medicine, 2009),” including infertility, immune problems, accelerated aging, faulty insulin regulation, and changes in major organs and the gastrointestinal system. The American Academy of Environmental Medicine has asked physicians to advise all patients to avoid GM foods. (SMITH, 2015, online)

¹³ Em tradução livre da autora: Na década de 1980, uma marca contaminada de um suplemento alimentar chamado L-triptofano matou cerca de 100 americanos e causou doença e deficiência em outras 5.000-10.000 pessoas. A fonte de contaminação era quase certamente o processo de engenharia genética usado em sua produção. A doença levou anos para ser diagnosticada e

Desta forma, segundo entendimento de Nelson Nery Junior¹⁴, antes da preocupação com a rotulagem dos alimentos que contenham organismos geneticamente modificados, o mais importante neste processo é a preocupação com a biossegurança do alimento. Posto que, só haverá discussão acerca da rotulagem se o produto tiver sido liberado, verificando-se que ele não é perigoso para a saúde e para o meio ambiente, segundo o parecer técnico da CTNBio.

Desta forma, o Projeto de Lei nº 4148/2008¹⁵ ao alterar o art. 40¹⁶ da Lei nº 11.105/2005 de notificar o consumidor acerca da presença de OGMs ou derivados apenas naqueles com proporção superior a 1% de sua composição final, traduz-se em um retrocesso no âmbito do direito do consumidor, bem como no que tange às perspectivas de avanços biotecnológicos, posto que a Constituição Federal de 1988, como Lei Maior do Ordenamento Jurídico Brasileiro, garante o direito à informação, em todas as suas ramificações, restando claro que, ao omitir dados acerca da proveniência de alimentos, seja no todo ou em parte, viola a referida garantia fundamental.

Boa-fé objetiva e Transparência: Princípios basilares das relações de consumo

Ao tratar da temática de biotecnologia e assuntos atinentes a OGMs, surge a indagação com relação à segurança alimentar e aos riscos que o seu consumo pode acarretar à saúde do consumidor. Nesse sentido, a ciência é incerta quanto os efeitos que os transgênicos podem causar, tan-

foi quase esquecida. Foi identificada apenas porque os sintomas eram únicos, agudos e de ação rápida. Se as três características não estivessem no lugar, o suplemento mortal de GM poderia nunca ter sido identificado ou removido. Se os alimentos geneticamente modificados no mercado estão causando doenças comuns ou se seus efeitos aparecem somente após a exposição a longo prazo, podemos não ser capazes de identificar a origem do problema durante décadas, no final das contas. Não há monitorização de doenças relacionadas com OGM e não há estudos a longo prazo com animais. Empresas de biotecnologia estão apostando com a saúde da nossa nação para seu lucro.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. *Revista dos Tribunais*. nº 795. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 2002, 40-54p.

¹⁵ Art. 40. Os rótulos dos alimentos destinados ao consumo humano, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham organismos geneticamente modificados, com presença superior a 1% de sua composição final, detectada em análise específica, deverão informar o consumidor, a natureza transgênica do alimento.

¹⁶ Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

to no meio ambiente, quanto nas pessoas, pela sua cada vez maior utilização, posto à imprevisibilidade dos possíveis efeitos no que, bem como a sua constante evolução e presença crescente no mercado de consumo¹⁷.

A partir dessa afirmação e do conceito de Borges¹⁸ acerca da autonomia privada como principal fundamento para se contratar livremente, permitindo a autorregulação dos interesses dos particulares, encontram-se aspectos limitantes, dentre os quais se enquadra o princípio da boa-fé objetiva.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 consagrou nos artigos. 113¹⁹, 187²⁰ e 422²¹ a boa-fé objetiva. Destaque-se que, a aplicação do princípio da boa-fé como norteador das relações de consumo decorre de lei, no próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, III. O referido princípio surge novamente na redação do Código de Defesa do Consumidor no art. 51, IV²², que estabelece que obrigações incompatíveis com a boa-fé são consideradas abusivas.

No diapasão consumerista, portanto, a boa-fé objetiva se traduz como uma ação pautada na lealdade, sem o desejo de causar dano, na qual todas as informações necessárias são fornecidas²³ no mesmo sentido, Silva²⁴ pressupõe que o contrato produzido pelas partes visa se tornar um meio de cooperação entre essas, de forma a incentivar atitudes de honestidade, de modo a afastar comportamentos que frustrem as expectativas do negócio jurídico.

Com efeito, Benjamin²⁵ compreende que a forma como a boa-fé se manifesta na relação de consumo alimentar é por meio da rotulagem,

¹⁷ GUERRA, M. P.; NODARI, R. O. Plantas transgênicas: os desafios da comunidade científica. *O Biológico*. São Paulo, v. 61, n. 2, p. 107-112, 1999.

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo Saraiva, 2005.

¹⁹ Art. 113 CC/2002: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁰ Art. 187 CC/2002: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²¹ Art. 422 CC/2002: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²² Art. 51. CDC: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (grifo nosso)

²³ BARBOSA, F. N. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 67.

²⁴ SILVA, J. A. Q. C. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁵ BENJAMIN, A. H. V. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 287.

uma vez ser o rótulo o instrumento mais eficaz de comunicação entre as partes (produtor, consumidor, fornecedor e distribuidor).

Dentro dessa ótica, tem-se por entendimento que a boa-fé objetiva é compreendida como elemento balizador dos atos e eventuais abusos praticados pelo fornecedor, com ênfase à transparência, uma vez que, ao omitir a informação acerca da origem e da procedência do alimento fornecido, o mesmo estaria violando garantias e direitos fundamentais do consumidor.

Como explica Wong²⁶, a rotulagem tem como objetivo a promoção de informações verdadeiras aos consumidores, de modo que esses não sejam ludibriados; a proteção dos consumidores no que tange à práticas fraudulentas de embalagem e propaganda; o estímulo à comercialização e competição justa.

Outrossim, o princípio da transparência²⁷, na seara do direito do consumidor, remete diretamente à temática da rotulagem, tendo em vista que é a forma como o consumidor tem acesso às informações do produto, ou seja, a rotulagem se traduz na maneira que o consumidor tem por excelência, de saber o que está consumindo. O princípio da transparência obriga o fornecedor a dar ao consumidor o direito de conhecer o produto adquirido, para que assim o consumidor tenha condições de exercer seu direito de escolha, respeitando suas preferências e limitações.

Como já mencionado, o papel da rotulagem consiste no estabelecimento de uma linha de comunicação entre produtores e consumidores, mas também, serve como ferramenta para que esses tenham conhecimento da composição daquilo que consomem. Essa visão se acentua, visto que o rótulo não pode induzir o comprador a equívocos, nem pode ser omissivo com relação à natureza da composição do alimento, sob risco de violar a boa-fé e a transparência do negócio jurídico realizado²⁸.

²⁶ WONG, Diana. *Genetically modified food labeling*. 2003. Disponível em: <<http://www.legco.gov.hk/yr02-03/english/sec/library/0203rp05e.pdf>>. Acesso em: 01 março 2018.

²⁷ Elencado no Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios. (Grifou-se).

²⁸ ALMEIDA, F. F. de B. *Rotulagem de alimentos*. 2004. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia de Alimentos) – Universidade Católica de Goiás, 2004.

Nesta perspectiva, Vieira e Vieira Júnior²⁹ entendem que a exigibilidade da rotulagem tem por escopo a efetivação do direito à decisão livre e consciente do consumidor, uma vez que, se este opta pelo não consumo de alimentos geneticamente modificados, mas não possui informações suficientes sobre a origem do produto, estar-se-ia diante de uma retirada de direitos.

Nesse particular salientar, conclui-se que a possibilidade de aprovação do Projeto de Lei anteriormente aludido, resulta no vilipêndio dos princípios ora em questão, bem como despreza o direito fundamental à informação resguardado pela Carta Magna de 1988.

Direito fundamental à informação: a informação do consumidor de alimentos geneticamente modificados

No que tange à temática referente a direitos fundamentais, é comum verificar aspectos conflituosos no que concerne ao seu conceito e suas características, nesse sentido, Lopes³⁰ os conceitua como: “os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”.

Ou seja, a autora entende que direitos fundamentais são normas constitucionais de natureza principiológica que protegem a dignidade da pessoa humana, a qual é um dos fundamentos da República. Assim, é importante destacar ainda o papel das garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a tradução de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais.

Formalmente, os direitos fundamentais se encontram no título segundo da Constituição Federal de 1988. A respeito de sua classificação, se verifica que existem vários critérios, tais quais os critérios históricos e em relação a sua titularidade. Ocorre que não cabe, no que concerne ao presente estudo, falar sobre a classificação dos direitos fundamentais.

²⁹ VIEIRA, A. C. P.; VIEIRA JUNIOR, A. *Direitos dos consumidores e produtos transgênicos: uma questão polêmica para a bioética e o biodireito*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, p. 35-80.

Em suma, os direitos fundamentais possuem cinco características intrínsecas, quais sejam: a) função dignificadora, ou seja, possuem como finalidade a salvaguarda dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas como nas relações privadas; b) natureza principiológica, ou seja, normas de otimização, que buscam solucionar casos na melhor maneira possível; c) elementos legitimadores, ou seja, fundamentam o ordenamento jurídico como um todo; d) normas constitucionais, ou seja, normas positivadas e inserida no diploma legal mais importante do ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição Federal e e) historicidade, ou seja, eles refletem a concepção de dignidade da pessoa humana na sociedade, admitindo-se a sua mutabilidade)³¹.

Conforme dito no tópico anterior, desde o final do século XX, vive-se em uma era de constantes avanços no campo da biotecnologia, de forma que se torna necessário ao Direito acompanhar essas evoluções.

Nessa perspectiva, entende-se biotecnologia como a fabricação ou alteração de produtos ou processos mediante a utilização de organismos vivos, sistemas biológicos ou derivados desses. Desta forma, a partir da manipulação, são criados organismos geneticamente modificados³².

Deste modo, surge o questionamento a respeito da segurança alimentar e os riscos que o seu consumo podem acarretar a saúde. Isto porque a ciência é incerta quanto os efeitos que os transgênicos são aptos a provocar, tanto no meio ambiente, quanto nas pessoas, pela sua cada vez maior utilização, posto à imprevisibilidade.

Desta forma, entende-se o porquê das constantes preocupações com questões relativas à rotulagem no campo do direito do consumidor, principalmente no que diz respeito a alimentos transgênicos. Sendo certo que, ser informado sobre o seu consumo é um direito fundamental.

Nesse sentido Carvalho Pinto Vieira³³ destaca a importância da rotulagem de alimentos transgênicos em um âmbito mundial, se referindo

³¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, p. 35-80.

³² DINIZ, M. H. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 364; SUZUKI, J. B. OGM: aspectos polêmicos e a nova lei de biossegurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 997, 25 mar. 2006. Disponível em: Acesso em: 19 ago. 2013.; VIEIRA, A. C. P.; VIEIRA JUNIOR, A. *Direitos dos consumidores e produtos transgênicos: uma questão polêmica para a bioética e o biodireito*. Curitiba: Juruá, 2008.

³³ CARVALHO PINTO VIEIRA, Adriana. Debates atuais sobre a segurança dos alimentos transgênicos e os direitos dos consumidores. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2239%3E>. Acesso em: Dez., 2017.

inclusive, ao Codex Alimentarius³⁴. As questões relativas à rotulagem de transgênicos configuram esse impasse internacionalmente, principalmente em virtude do reconhecimento da equivalência substancial, por meio do FDA - *Food and Drug Administration*, órgão responsável pela liberação da comercialização de alimentos e remédios nos Estados Unidos.

Para tanto, levando-se em consideração o direito à informação, destaca-se a importância em falar de equivalência substancial, que de acordo com Nodari e Guerra³⁵, consiste na estratégia utilizada para evitar que indústrias tivessem maiores custos com testes de longa duração, uma vez que o produto transgênico seria equivalente ao seu antecedente natural. Ressalta-se a falta de embasamento científico desse procedimento.

Neste diapasão, críticas acerca da não cientificidade do princípio da equivalência substancial surgem, o que o torna inadequado para avaliar o caráter de segurança à saúde em alimentos derivados de organismos geneticamente modificados³⁶. Assim, Millstone et. al³⁷ apontam que o referido princípio deveria ser substituído por testes de níveis de toxina e segurança, da mesma forma que são necessários para produtos farmacêuticos e aditivos alimentares. Ainda ressaltam a inclusão da informação sobre a quantidade diária aceitável para o consumo.

Outrossim, resta claro que a rotulagem é de fundamental importância e deve ser realizada de modo que o consumidor esteja ciente de todas as características e do processo que resultou naquele produto, para que possa distinguir um alimento orgânico daquele geneticamente modificado. A omissão de qualquer informação resulta no descumprimento do Código de Defesa do Consumidor, e consequentemente da Constituição Federal.

Constata-se que o consumidor somente poderá exercer seu direito de escolha se tiver conhecimento sobre a composição do alimento, bem como mediante à rastreabilidade do produto para assim ter conheci-

³⁴ Há um órgão da ONU destinado a discutir e fixar as regras básicas para o setor de alimentação. Trata-se da Organização para Alimentação e Agricultura (FAO – Food and Agricultural Organization). A FAO juntamente com a Organização Mundial da Saúde – OMS (World Health Organization – WHO) criaram uma comissão destinada a fixar regras formadoras de padrões, standards, em matéria de produção e comercialização de alimentos, que exultou no Codex Alimentarius.

³⁵ NODARI, R. O., GUERRA, M. P. Implicações dos transgênicos na sustentabilidade ambiental e agrícola. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 481-491, 2000.

³⁶ SCHAUTZ, Marianna. The concept of substantial equivalence in safety assessment of foods derived from genetically modified organisms. *AgBiotechNet 2000*, Vol. 2. Disponível em: <<http://bfr.bund.de/cm/349/schautz.pdf>>. Acesso em: 02 março 2018.

³⁷ MILLSTONE, Erik; BRUNNER, Eric; MAYER, Sue. Beyond 'Substantial Equivalence'. *Nature*, Vol 401. 1999. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/transgenicos/pdf/beyond_substantial_equivalence.pdf>. Acesso em: 03 março 2018.

mento de todas as etapas seguidas para a produção do alimento. Esse é o meio mais seguro para garantir ao consumidor não só o caminho percorrido pelo alimento, mas também as etapas de processamento, alterações e mudanças na composição nutricional do alimento.

O direito à informação é garantido ao consumidor em favor à proteção à vida, saúde e segurança, que nasce com o princípio da dignidade, garantido constitucionalmente. Ademais, o dever de informar, presente no inciso III do art. 6 do CDC, é um princípio em que o fornecedor é obrigado a prestar todas as informações referentes ao produto, por mais básica que pareça ser, como qualidades, composição, características, quantidades, riscos, valor e demais informações essenciais para o exercício da escolha livre e consentida, de forma clara, precisa e em língua portuguesa, garantindo o entendimento a todos os consumidores.

Dentro dessa ótica, afirmar que alimentos transgênicos são equivalentes aos alimentos orgânicos não é razoável, e trazer para a doutrina pátria conceitos como a equivalência substancial para os alimentos transgênicos caracteriza uma afronta aos princípios constitucionais e consumeristas.

Considerações finais

A sociedade hodierna apresenta grandes evoluções, tanto no que diz respeito ao avanço científico, quanto no que diz respeito ao tecnológico. As questões atinentes à transgenia não se caracterizam de maneira diferente, de forma que é imperioso destacar que, guardadas as proporções relativas à segurança alimentar, não se pode impedir, desacelerar ou desmotivar o crescimento e avanços desses.

Ademais, faz-se necessário mencionar que o avanço da biotecnologia não poderia vir sem qualquer espécie de encargo, seguindo a máxima que “não há bônus sem ônus”. Todavia, a problemática se insere na falta de conhecimento das implicações que o consumo de alimentos geneticamente modificados pode gerar nos seres humanos.

Sendo imperioso destacar ainda, a complexidade do século XXI, ressaltando novamente a era das incertezas e a sociedade de riscos estabelecida em um contexto pós-industrial, que por sua vez é caracterizado por riscos incognoscíveis.

Nesse contexto de incognoscibilidade é que questões como rotulagem e segurança alimentar relativas a alimentos transgênicos se encontram tão latentes, visto que já existem diversas pesquisas em animais demonstrando possíveis danos provenientes do consumo continuado de alimentos geneticamente modificados.

Desta forma o Projeto de Lei nº 4.148/2008³⁸ (atual PLC nº 34/2015, em trâmite no Senado Federal) se demonstra em desconformidade com o direito fundamental à informação, bem como o princípio da boa-fé e transparência, os quais regem as relações de consumo. Reduzir as informações constantes no rotulo de alimentos transgênicos resulta em prejuízo à autonomia privada do consumidor.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, F. F. de B. *Rotulagem de alimentos*. 2004. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia de Alimentos) – Universidade Católica de Goiás, 2004.

BARBOSA, F. N. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BBC, *De proteção contra substância cancerígena a 'demissão em massa', os efeitos da proibição do amianto*. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42175321>>. Acesso em: 03 março 2018.

BENJAMIN, A. H. V. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL, *Lei nº 11.105, 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Con-

³⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>>.

selho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: Dez., 2017.

BRASIL, *Portaria nº 2658 de 22 de dezembro de 2003*. ANVISA, Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/393963/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf/54200bc1-8c57-4d36-bf1e-2045fcff1919>. Acesso em: 03 março 2018.

BRASIL, Presidência da República. *Medida Provisória 113, de 26 de março de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 março 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.871, de 18 de julho de 2001*. Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismos geneticamente modificados, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 março 2018. Revogado pelo Decreto nº 4.680, de 24.4.2003.

BRASIL. *Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003*. Regulamenta o direito de informação, assegurado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990m quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: Dez., 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995*. Regulamenta os incisos II e V do § 1º dos art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para

o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: Jan,2018.

CARVALHO PINTO VIEIRA, Adriana. Debates atuais sobre a segurança dos alimentos transgênicos e os direitos dos consumidores. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2239%3E> . Acesso em: Dez., 2017

D'AMATO, Claudio; TORRES, João P. M.; MALM, Olaf. DDT (dicloro difenil tricloroetano): toxicidade e contaminação ambiental – uma revisão. *Quím. Nova*, São Paulo, v. 25, n. 6a, p. 995-1002, Nov. 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422002000600017&lng=en&nrm=iso> . access on 03 Mar. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-40422002000600017>.

DINIZ, M. H. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 364.

GUERRA, M. P.; NODARI, R. O. Plantas transgênicas: os desafios da comunidade científica. *O Biológico*, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 107-112, 1999.

INCA, *Doenças relacionadas ao tabagismo*. 2017. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/doencas> . Acesso em: 03 março 2018.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, p. 35-80.

MILLSTONE, Erik; BRUNNER, Eric;MAYER, Sue. Beyond 'Substantial Equivalence'. *Nature*, Vol 401. 1999. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/transgenicos/pdf/beyond_substantial_equivalence.pdf> . Acesso em: 03 março 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. Rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. *Revista dos Tribunais*. nº 795. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 2002, 40-54p.

NODARI, R.O., GUERRA, M.P. Implicações dos transgênicos na sustentabilidade ambiental e agrícola. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 481-491, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702000000300016&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: Dez., 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Uma análise bioética dos alimentos transgênicos: contornos do princípio da precaução em sede de segurança alimentar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15392>. Acesso em: Nov., 2017.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n2/a10v17n2.pdf>>. Acesso em: Nov., 2017.

SCHAUZU, Marianna. The concept of substantial equivalence in safety assessment of foods derived from genetically modified organisms. *Ag-BiotechNet 2000*, Vol. 2. Disponível em: <<http://bfr.bund.de/cm/349/schauzu.pdf>>. Acesso em: 02 março 2018.

SILVA, J. A. Q. C. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SMITH. Jeffrey. M. *State-of-the-science on the health risks of gm foods*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwicvTs593QAhVCS5AKHXjqCaIQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.responsibletechnology.org%2Fdocs%2F145.pdf&usg=AFQjCNEI7ipAkJzTGTq50KsDweJX2qW-Zw>>. Acesso em: Dez., 2017.

SUZUKI, J. B. OGM. Aspectos polêmicos e a nova lei de biossegurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 997, 25 mar. 2006.

VIEIRA, A. C. P.; VIEIRA JUNIOR, A. *Direitos dos consumidores e produtos transgênicos: uma questão polêmica para a bioética e o biodireito*. Curitiba: Juruá, 2008

WONG, Diana. *Genetically modified food labeling*. 2003. Disponível em: <<http://www.legco.gov.hk/yr02-03/english/sec/library/0203rp05e.pdf>>. Acesso em: 01 março 2018.

Mariana Araújo Lobato - Advogada; Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pelo Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Pós-graduanda em Responsabilidade civil e direito do consumidor pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); e bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional nas Relações Privadas; Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado.

Mário de Quesado Miranda Bezerra - Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2015). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Evolutivo (2016). Possui título de Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e leciona na Faculdade Cearense (FaC).

Valter Moura do Carmo - Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2009); mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2012) e doutorado em Direito pela UFSC (2016), tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Editor-Adjunto da Revista Argumentum (Marília) e da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas

MARINA AYRES FERREIRA LIMA BUENO
SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo verificar o *modus operandi* e a existência de parâmetros para o julgamento pelo Judiciário goiano das demandas voltadas às políticas de dispensação de medicamentos gratuitos a quem deles necessitar. Objetiva-se, igualmente, um estudo para propositura de uma parametrização constitucionalmente adequada, em termos de *substantive due process of law*, para a tomada de decisões nas demandas sobre a questão. Partiu-se do exame das tendências de julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás perante a temática no período compreendido entre 2008 e 2017, por meio de análise eminentemente qualitativa de decisões, a partir de amostra coletada por critérios aleatórios de sentenças e acórdãos no site do citado tribunal. A principal conclusão a que se chegou a pesquisa foi a de que os magistrados e desembargadores goianos estão predispostos a deferir os pleitos formulados com essa finalidade em razão de uma compreensão do direito à saúde aprioristicamente remetido ao direito à vida, numa perspectiva de direito individual. Após a investigação da evolução legislativa e da identificação de boas práticas desenvolvidas em alguns tribunais, buscou-se a delimitação de passos a serem seguidos para a prolação de decisões mais críticas e problematizadoras da questão, considerando a adequação da mesma à tensionalidade constitucional intrínseca para o desenho das políticas públicas nesse setor, visando a preservar e fortalecer o caráter igualitário e voltado à justiça social dessas políticas.

Palavras-chave: Medicamentos. Saúde. Políticas públicas. Judicialização. Parametrização.

*STANDARDS FOR THE JUDGMENT OF DEMANDS ON PUBLIC POLICIES OF FREE MEDICATION SUPPLY:
RETROSPECTIVE OF THE JUSTICE OF THE STATE OF GOIÁS AND PROPOSITIONS FOR GOOD PRACTICES*

Abstract: This paper aims to verify the *modus operandi* and the existence of standards for the judgment by the Justice of the state of Goiás of the demands focused on the policies of free medication supply for those who need it. This paper also intends to be a study for the proposition of a constitutionally adequate standardization, in terms of substantive due process of law, to make decisions about the demands on the issue. The trends in lawsuits of the Court of Justice of the State of Goiás, from the period between 2008 and 2017, were examined through an eminently qualitative analysis, based on a sample collected according to random criteria, of sentences searched on the web-

site of the mentioned court. The main conclusion was that the judges of the state of Goiás are predisposed to the approval of the lawsuits formulated with this requirement, for understanding the right to health firstly referred to the right to life, from an individual rights perspective. After the legal evolution research and the identification of good practices in some courts, a search was made to delimit the steps to be followed for a more critical and problematic decisions rendering of the question, such as the adequacy of the issue to its constitutional tension, in relation to the public policies in this field, with the goal to maintain and strength the attributes of equality and social justice of these public policies.

Keywords: Medicines. Health Care. Public policy. Judicialization. Parameterization.

Introdução

O presente artigo partiu da percepção inicial, adquirida por meio da vivência profissional junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de que os pedidos de fornecimento de medicamentos são examinados no contencioso judicial de um modo simplório, carente de análise mais ampla da repercussão dessa judicialização na própria política pública de saúde. A pesquisa toma como pressuposto, portanto, que o enfrentamento dessa questão demanda tratamento complexo, que extrapola tanto o domínio clássico dos “direitos individuais” (parâmetro a partir do qual a maioria dos juízos examina a matéria), quanto o campo exclusivo do Direito, requerendo a organização de uma procedimentalização interdisciplinar das tomadas de decisão sobre o tema.

Visando a testagem dessa percepção prévia, aqui tratada como hipótese, a metodologia de procedimento adotada na presente pesquisa principia com a análise qualitativa (apoiada por algumas incursões quantitativas) das decisões tomadas pelo Judiciário goiano acerca de ações movidas frente à negativa da Administração Pública em fornecer medicamentos a pacientes. Constituiu-se uma amostra de decisões por meio de critérios garantidores da aleatoriedade dos julgados selecionados, de modo que possam ser representativos das práticas decisórias do Judiciário goiano quanto ao tema, entre os anos de 2008 a 2017.

O pronto exame do material selecionado permitiu constatar que, na última década, as ações ajuizadas com o propósito de se obter o fornecimento gratuito de medicamentos tiveram, em sua grande maioria, êxito junto ao Judiciário.

Verificamos, na sequência, que as decisões do Judiciário goiano via de regra são marcadas por uma fundamentação superficial, prove-

niente, provavelmente, da visão do direito social fundamental da saúde como um direito prioritariamente individual, e de seu pano de fundo, a vida, como um valor absoluto (ou quase), já que é recorrente nos julgados fundamentar o deferimento do fornecimento dos medicamentos na exaltação da importância do direito à vida e, por conseguinte, do direito à dignidade.

Identificou-se que nos julgamentos, normalmente realizados na estreita via do mandado de segurança, que alguns pedidos de medicamentos são deferidos sem que, por exemplo, nada ou pouco se saiba cientificamente sobre a eficácia do fármaco pleiteado ou sobre a possibilidade de sua substituição por outro de efeitos similares, mas já dispensado pelo Sistema Único de Saúde, até porque, como antecipado, esses temas fogem do âmbito estrito do Direito (o que não é escusa para ignorá-los na jurisdição de questões complexas, mas acaba ocorrendo, sobretudo nas respostas às medidas liminares e de tutela antecipada).

Em face da fragilidade (do ponto de vista do tratamento do tema como política pública) dos fundamentos adotados pelo Judiciário estadual e pela grande repercussão que essas decisões têm causado no campo financeiro/orçamentário dos entes públicos (principalmente nos Municípios, que pelas regras constitucionais, são os que menos recursos recebem), é que a pesquisa, na sequência da investigação proposta, buscou delimitar parâmetros mínimos de cognição e verificação dos fundamentos fáticos e jurídicos que deveriam ser utilizados (como *substantive due process of law*) para todas as demandas judiciais referentes à concessão gratuita de medicamentos.

Para tal, realizou-se uma recapitulação da legislação federal, estadual e local sobre o tema, com foco numa hermenêutica *constitucionalmente adequada* desses marcos regulatórios.

Na sequência, focou-se no estudo das boas práticas adotadas por outros tribunais estaduais, o que resultou na conclusão, que será explicada no desenvolvimento, de que o melhor exemplo de atuação jurisdicional frente à judicialização da saúde pública vem do Estado do Rio Grande do Sul, que, *externa corporis*, elaborou, dentre outras ações, cartilha com parâmetros de atuação, destinada aos que buscam os medicamentos, e, *interna corporis*, traçou expectativas de caminhos a serem adotados tanto

pelos magistrados para julgar esse tipo de causa, como pelos profissionais da saúde que prescrevem os medicamentos.

Preparado o terreno para uma análise propositiva, com base em todo o material colhido e numa crítica hermenêutica das orientações e conclusões das Jornadas de Direito da Saúde realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, foi possível delinear a propositura de passos e requisitos procedimentais mínimos a serem observados pelos julgadores goianos quando defronte aos difíceis casos de colisão entre o direito à saúde e, eventualmente, à vida, dos que recorrem ao Judiciário, e a insuficiência financeira/orçamentária do ente público demandado, o que necessariamente influencia na saúde (e na vida) do restante da comunidade local.

Uma das conclusões principais da pesquisa consiste na avaliação de que o Judiciário deve tomar como parâmetro prioritário de análise uma hermenêutica das políticas públicas prefixadas pelos Poderes competentes, pois deles é a legitimidade para escolha e direcionamento dos gastos das verbas públicas, pois foram eleitos pelo povo para esse fim.

Deve, assim, partir de uma compreensão das normas em jogo como instrumentos reguladores de uma política pública complexa, abstendo-se de uma leitura individualista que corriqueiramente acaba por isolar e focar em dispositivos específicos da regulação para neles fiar uma decisão que, em que pese atender a um direito individualmente considerado, não respeita o tratamento constitucionalmente adequado desses direitos.

Pergunta-se, por exemplo, a partir dessas constatações, qual o percentual de pessoas de classe média capazes de sustentar o gasto com certo medicamento, que obtêm judicialmente o fornecimento de remédio específico receitado pelo médico mesmo existindo medicamento equivalente na lista dos fornecidos pelo SUS, enquanto pessoas mais pobres, geralmente com menos capacidade de acesso ao Judiciário, acabam por não receber, em algumas situações, nem mesmo o tratamento básico, por falta de recursos? Em que medida o Judiciário, quando não analisa temas dessa natureza como política pública e analisa cada caso de modo isolado, acaba por prestar um paradoxal desserviço à justiça social, que é a meta das políticas sociais? Em alguma medida, o presente trabalho busca colaborar com estas inquietações.

Breve apresentação do estado da arte do debate sobre a judicialização de políticas públicas de distribuição de medicamentos no Brasil: algumas considerações preliminares

Em busca de uma dialógica de desconstrução e reconstrução dos debates fundantes do tema a que nos propusemos tratar neste artigo, temos por necessário, antes de mais nada, abordar alguns dos argumentos e concepções frequentemente suscitados ou assimilados pelas partes nos processos levados ao Judiciário sobre a atuação do Estado na dispensação de medicamentos gratuitos à população.

O primeiro deles se refere ao direito social à saúde como direito fundamentado no princípio da dignidade humana, de responsabilidade solidária e concorrente entre os entes federados.

A inserção dos direitos sociais na Constituição Federal de 1998 como direitos fundamentais conferiu aos cidadãos o direito subjetivo de buscar perante o Estado determinadas prestações materiais, dentre elas a de receber os medicamentos que precisam para a manutenção ou restabelecimento de sua saúde (NOVELINO, 2014), o que, somado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, obriga a intervenção do Judiciário, especialmente em razão de um comumente alegado “déficit democrático das instituições representativas e a constatação de omissões deliberativas por parte do legislador” (NOVELINO, 2014).

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, o atributo da solidariedade é extraído do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que prevê o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Esse fator, para muitos, lhe atribuiu a característica de direito a ser satisfeito sempre com o orçamento público, o que pode produzir exageros, pois a saúde é algo de definição complexa e nem todo tratamento médico é necessariamente um requisito fundamental e indispensável para a saúde, a merecer gasto público.

Outro aspecto importante na dissecação da temática saúde e fornecimento de medicamentos diz respeito aos seus subsídios, que são limitados. Segundo o artigo 31 da Lei nº 8.080/1990 “o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com

a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias”.

Tem-se, pois, que o SUS é financiado pela seguridade social, mediante proposta do Ministério da Saúde, com participação de órgãos da previdência e assistência sociais.

A definição dos patamares mínimos a serem aplicados na área da saúde foi possível a partir da regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou a redação dada ao artigo 198, §§ 1º a 3º, o que foi feito pela Lei Complementar nº 141/2012, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 7.827/2012. Mas foram os artigos 19-M a 19-U inseridos na Lei Orgânica do SUS pela Lei nº 12.401/2011, que acabaram por suprir a lacuna legal outrora existente sobre a forma em que se daria a assistência terapêutica no SUS. Segundo Mariana Filchetiner, “consolidou-se, com isso, não somente uma série de conceitos legais, como se disciplinou, para além da assistência terapêutica de que trata o art. 6º, I, da própria Lei nº 8.080/90, o princípio da integralidade (ou diretriz do ‘atendimento integral’), previsto pelo art. 198, II, da CF” (FIGUEIREDO, 2015).

Pelo artigo 19-M, o fornecimento de medicamentos pelo Estado passou a depender da prescrição em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas pelos Protocolos Clínicos do SUS ou, supletivamente, nas Relações de Medicamentos (nacional, estadual e municipal) definidas em cada esfera federativa. O artigo 19-N da lei em destaque definiu o Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica como o documento que fixa, dentre outras medidas, critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, o tratamento preconizado e os medicamentos apropriados.

Na sequência, o art. 19-O estabelece que:

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários à assistência durante as diferentes fases de evolução da doença ou do agravo à saúde, fixando as chamadas linhas de cuidado de segunda escolha, para abranger as hipóteses de eventual perda da eficácia, desenvolvimento de intolerância ou reação adversa relevante ao tratamento inicialmente oferecido, conforme as condições pessoais do paciente.

E pelas disposições do artigo 19-T da Lei Orgânica do SUS, são expressamente proibidos, a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamentos, nacionais ou importados, experimentais, ou de uso não autorizado ou, ainda, não registrados pela ANVISA.

Prosseguindo, não se pode deixar de lado o papel ímpar que as políticas públicas possuem na questão em apreço, até mesmo porque, segundo o próprio legislador constituinte, são elas as responsáveis por garantir, tanto em seu campo social como econômico, a “redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” [grifo nosso].

É sobre esse ponto de vista que repousa o objeto deste trabalho: a busca pela solução parametrizada do conflito entre políticas públicas e o direito fundamental à saúde em relação à dispensação de medicamentos.

Sobre o conceito de política pública podemos tomar por referência inicial aquele de inspiração dworkiniana, elaborado por Jean Carlos Dias (2016) nos seguintes termos:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas).

Os responsáveis pela elaboração das políticas públicas são os membros dos Poderes Legislativo e Executivo eleitos pela comunidade, sem qualquer participação do Poder Judiciário. Essa é a regra. Ao Judiciário cabe tão somente o controle de suas repercussões jurídicas e uma atuação mais ativa no caso de omissão dos legitimados ordinários, na busca por uma atuação hermeneuticamente adequada à própria política pública em seus nortes e parâmetros estabelecidos pelo Legislador, ou adequada à leitura coerente da política pública com a Constituição. Assim deveria ser. E isso pressupõe uma possibilidade de controle de constitucionalidade do desenho (*legal drafting*) das políticas públicas, sempre respeitando a discricionariedade legislativa frente às diretrizes constitucionais.

A questão é que a atuação do Judiciário no controle dos atos concreto de implementação das políticas públicas vem ocorrendo cada vez em maior escala, motivando, ao lado de outras causas, o debate sobre a

judicialização da saúde, menos como um problema de intervenção com repercussão geral no desenho legal dessas políticas, mas como um problema de intervenção massiva, porém atomizada e dispersa, nos atos de execução dessas políticas.

Para finalizar esses apontamentos iniciais que circundam o tema a que nos comprometemos a discutir há de se tecer considerações, ainda que simplificadas, sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível e sua repercussão nesse debate.

O primeiro deles tem origem no princípio da dignidade da pessoa e sustenta que todos têm o direito de ter do Estado o mínimo para a existência condigna. Seu maior destaque está em afastar o caráter meramente programático normalmente atribuído aos direitos sociais, pois, independentemente da atividade legislativa, assegura-se que as prestações englobadas no seu conceito tornam-se juridicamente exigíveis, independentemente de outros quejandos (BERNARDES; FERREIRA, 2016).

Em contraposição, tem-se a reserva do possível. Essa teoria, de origem alemã, provém da constatação de que as necessidades públicas são infinitas e estão sempre se renovando, enquanto os recursos são escassos, significando que a proteção aos direitos sociais prestacionais está condicionada aos limites orçamentários do Estado, salvo quando em jogo o mínimo existencial.

Assim, de acordo com essa teoria, objeções, inclusive de ordem econômica, eventualmente podem ser consideradas constitucionalmente válidas para justificar a impossibilidade de se prestar certas obrigações, desde que fidedignamente comprovadas e que não se esteja a tocar no mínimo existencial (BERNARDES; FERREIRA, 2016).

O problema que queremos abordar nessa pesquisa tangencia essas questões, mas, em nossa percepção, vai além, pois analisa as situações em que o mínimo existencial não está em jogo, mas em nome do direito à saúde se solicita do Estado o fornecimento de medicamentos fora das listas deferidas pela regulamentação do SUS.

Isso, com base numa visão de que, se diz respeito à saúde, pressupõe tratar de mínimo existencial e de questão relativa à vida, desconsiderando-se a necessidade de um tratamento igualitário da atuação promotora do direito à saúde por parte do Estado, e determinando-se a concessão do medicamento, independentemente das consequências or-

çamentárias e dos próprios prejuízos à coerência e caráter igualitário dessas políticas.

Em outras palavras, a preocupação desta pesquisa está na percepção da falta de devida problematização pelo Judiciário dos efeitos macro de sua intervenção nesse tipo de política. O Judiciário está a colaborar para melhorar a efetividade do direito à saúde no Brasil ou está esbulhando a atuação coerente do poder público nessa seara? Eis a questão.

O comportamento do Judiciário goiano a respeito dos conflitos envolvendo políticas públicas de distribuição de medicamentos: análise do período de 2008-2017

Desenvolvemos, inicialmente, uma pesquisa documental no arsenal de decisões judiciais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Selecionamos 5 (cinco) julgados para cada um dos 10 (dez) últimos anos que se passaram, ou seja, coletamos 50 (cinquenta) decisões entre sentenças e acórdãos desta Corte Estadual, proferidas entre 1º de junho de 2008 e 1º de junho de 2017.

Para a seleção de atos judiciais de primeiro grau, utilizamos os seguintes parâmetros:

(i) no local destinado à inserção do texto para procura, inserimos o descritor sentença medicamento; e

(ii) do resultado da busca, selecionamos 2 (dois) julgados, com intervalo de 5 (cinco) sentenças passíveis de serem pinçadas, atentando-nos, sempre, ao critério predefinido de não repetição do julgador e da comarca de origem.

Esse procedimento foi observado na seleção das sentenças proferidas entre os anos de 2009 e 2012. A partir de 2013 e até 2017, nesse processo seletivo escolhemos não 2 (duas), mas 3 (três) sentenças.

Especificamente sobre o ano de 2008, a seleção ficou limitada apenas aos acórdãos constantes do sítio do Tribunal de Justiça, em razão de nele poucas serem as sentenças compiladas nesse período, nenhuma delas contendo o parâmetro de busca previamente estabelecido.

No âmbito de segunda instância, esta foi a premissa de seleção:

(i) o critério de busca foi a palavra medicamento;

(ii) do resultado alcançado nos anos de 2008 a 2012, com exceção do regramento específico aplicado ao primeiro ano, separamos de forma aleatória 3 (três) acórdãos/decisões monocráticas entre cada 10 (dez) julgados selecionados, com fidelidade à regra de não eleição de mais de uma decisão proferida por um mesmo desembargador ou juiz de direito em substituição em segundo grau. Também, tentou-se manter certa paridade entre os órgãos de julgamento, o que não foi possível em decorrência de as três últimas Câmaras serem mais recentes se comparadas às demais, o que fez com que estas tivessem mais decisões escolhidas;

(iii) sob esse mesmo regramento, escolhemos 10 (dez) julgados da lavra deste Tribunal de Justiça datados entre 2013 e 2017, 2 (dois) para cada ano.

Do exame dessas decisões, 23 (vinte e três) sentenças e 27 (vinte e sete) acórdãos, lançados durante o interstício de 1 (uma) década, notamos uma evolução tanto nas teses de defesa apresentadas pela Administração, como nos argumentos adotados pelos magistrados, o que, entretanto, não autoriza a ilação de que estamos mais próximos de solucionar o problema decorrente da judicialização das políticas públicas de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Longe disso, vimos que boa parte dos fundamentos apresentados pela Fazenda Pública para se esquivar do cumprimento das medidas necessárias ao resguardo do direito constitucional à saúde foi refutada pelo Judiciário goiano sem o aprofundamento recomendado, com base na considerada incontestada premissa de que é solidária e concorrente a responsabilidade dos entes federados nesse setor, bem como na tida por infalível fundamentação de que o direito à vida (e saúde é vida, nessa ótica) não pode ser confrontado nem ponderado por nenhum critério orçamentário ou administrativo. Em geral, nas sentenças constrói-se a imagem de um pujante direito à vida (como se todo pedido de medicamento fosse um caso de vida ou morte), contra um frio e calculista argumento orçamentário de defesa.

Igualmente, vislumbramos certa divergência entre os julgadores, relacionada à dispensabilidade ou não da prova da hipossuficiência do

paciente para o recebimento do fármaco do Poder Público, fator deveras comprometedor da uniformidade dos julgados goianos, mas que merece uma atenção, pois a hipossuficiência do paciente, sobretudo no caso de medicamentos fora das listas oficiais, deveria ser um requisito indispensável, se se quiser respeitar o caráter igualitário da política pública e não inverter a prioridade constitucionalmente adequada da política em questão.

Outra constatação diz respeito ao sucesso quase absoluto das demandas voltadas à busca de medicação gratuita. Em apenas 4 (quatro) das 50 (cinquenta) decisões selecionadas, o pedido foi indeferido, o que revela o dado estatístico de 92% (noventa e dois por cento) de êxito das ações ajuizadas e, conseqüentemente, da marcante intervenção do Judiciário na política pública de distribuição de medicamentos.

Também temos como digna de destaque a verificação de que no Tribunal não existem disparidades sobre a matéria entre os integrantes dos órgãos fracionários de julgamento, já que em todos os acórdãos selecionados houve unanimidade.

Identificamos também a marcante atuação do Ministério Público na seara da saúde pública, autor de 64% (sessenta e quatro por cento) das ações referentes aos julgados pesquisados. Aqui, fica a preocupação acerca do tratamento pulverizado dos problemas, sem um correspondente tratamento em ações de cunho coletivo, mas mesma intensidade.

Cabe também destacar que se observou uma grande variabilidade de caminhos argumentativos, denotando a necessidade de parametrização dos requisitos orientadores de tomada de decisão sobre essa temática.

Vale colacionar aqui um resumo dos argumentos principais adotados, tanto pela Administração Pública em sede de defesa, quanto pelo Judiciário, na fundamentação das decisões, nesses últimos dez anos, no Estado de Goiás:

No ano de 2008, a análise dos julgados coletados permitiu inferir que o Poder Público, quando demandado judicialmente, baseou sua defesa nestas alegações: (i) falta de prova pré-constituída sobre a hipossuficiência do paciente; (ii) atuação do Estado voltada à toda coletividade; observância do limite financeiro; e (iii) divisão de responsabilidades na Lei nº 8.080/1990. Já o Judiciário goiano, que em geral deferiu os pedidos, rebateu essas teses com as seguintes fundamentações: (i) des-

necessidade de prova sobre a hipossuficiência do postulante; **(ii)** caráter fundamental do direito à saúde, o que impediria a alegação da teoria da reserva do possível; **(iii)** solidariedade da obrigação entre os entes federados (arts. 6º, 196, 198, CF; arts. 152, 153, IX, CE; e lei do SUS); **(iv)** o relatório do médico do autor é suficiente à concessão do medicamento prescrito. Ademais, em um dos julgados de 2008 decidiu-se que a prescrição de genéricos não seria obrigatória e que o poder público deveria respeitar o critério médico de preterir os genéricos, contrariando a própria política pública a esse respeito.

No ano de 2009, as principais argumentações de defesa apresentadas pelo setor público foram as seguintes: **(i)** ilegitimidade passiva; **(ii)** necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário; **(iii)** medicamento prescrito não indicado para o tratamento da doença relatada; e **(iv)** medicamento não constante nas listas do SUS. Ademais, **(v)** continuou-se a suscitar a prova da hipossuficiência como requisito obrigatório à impetração. A resposta do Judiciário, em geral, deferindo os pedidos e não acatando os argumentos acima suscitados foi: **(i)** todos têm direito ao acesso igualitário à saúde; **(ii)** responsabilidade concorrente e solidária dos entes federados; **(iii)** desnecessidade de formação de litisconsórcio; e **(iv)** impossibilidade de bloqueio de valores do Poder Público e da fixação de multa diária pela inadimplência.

No ano de 2010, continuaram a ser alegadas em defesa, **(i)** a necessidade de chamamento da União para compor o polo passivo da impetração; **(ii)** a falta de prova pré-constituída, seja do ato coator, seja da eficiência do medicamento prescrito; e **(iii)** a aplicabilidade da teoria da reserva do possível. Observamos, como novidade, os seguintes questionamentos pelo poder público: **(iv)** a ilegitimidade do Ministério Público ante a falta de prova sobre a hipossuficiência do substituído; e **(v)** a existência de centros de tratamento no SUS, especializados na doença, que adotam procedimentos e medicamentos diferentes dos prescritos pelo médico do paciente. Quanto à fundamentação dos julgados, a inovação se referiu às seguintes temáticas: **(i)** previsão de repasse de recursos financeiros para o subsídio da saúde (arts. 31 e 32 da Lei nº 8.080/90); **(ii)** ausência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a atuação do Judiciário estaria limitada ao controle da legalidade do ato administrativo; **(iii)** Estado como gestor do sistema único de saúde; **(iv)** dignidade da

pessoa como fundamento do direito à saúde; **(v)** deferimento do pedido, mas com permissão ao Poder Público para fornecer medicação genérica; **(vi)** ausência de competência do Executivo para analisar a conveniência e correção do medicamento prescrito, por tratar-se de ato médico; e **(vii)** legitimidade do Ministério Público independentemente da condição financeira do substituído.

As teses novas de defesa do poder público, sobre o fornecimento de medicamentos foram as seguintes em 2011: **(i)** responsabilidade dos CACONs (Portaria 2.439/GM/MS), de responsabilidade da União; **(ii)** ausência de interesse de agir por falta de requisição dos medicamentos perante os órgãos federais de saúde; **(iii)** intervenção do Judiciário como ato comprometedor do princípio da igualdade; e **(iv)** vedação à aquisição sem prévia consignação orçamentária. Já no tocante à fundamentação dos julgados, foram inovadoras as seguintes alegações: **(i)** reconhecimento da necessidade da prova da hipossuficiência para se buscar do Poder Público os medicamentos necessários ao tratamento de saúde; **(ii)** invocação da Súmula nº 429 do STF, para se afastar a tese de carência da ação por ausência de ato coator; **(iii)** não vinculação do médico à lista de medicamentos divulgada pelo Poder Administrativo; **(iv)** dever do Estado em articular junto à União a instalação de unidades do CACONs (art. 1º da Portaria 2.439 /GM/MS), cujo cadastramento pelo paciente sequer seria obrigatório; e **(v)** aplicação do princípio da máxima efetividade ao direito à saúde.

Em 2012, as novidades nas teses defensivas do poder público foram: **(i)** medicamento prescrito não satisfaz os requisitos do art. 60 da Portaria MS 2891/09; e **(ii)** necessidade de prova pericial. Na fundamentação das decisões analisadas na amostra, destacaram-se: **(i)** retorno à premissa da desnecessidade de comprovação da hipossuficiência; **(ii)** direito à vida e à saúde prevalece sobre qualquer outro; **(iii)** juízo de valor do julgador sobre as políticas públicas eleitas pelo administrador; e **(iv)** atuação do Judiciário como meio de implementação das políticas públicas constitucionais.

Já o ano de 2013 foi de significativas novidades no âmbito das argumentações oferecidas tanto pela Administração Pública como pelo Judiciário quanto ao tema em evidência. Novas teses de defesa apresentadas foram apresentadas: **(i)** interpretação equivocada das normas programáti-

cas como fator de violação ao princípio da isonomia; e **(ii)** competência do Executivo para a gestão da saúde pública e intervenção indevida do Judiciário. Também se observaram novos argumentos de fundamentação: **(i)** princípio da dignidade da pessoa se sobrepõe à reserva do possível, que necessita de prova, e ao princípio da igualdade; **(ii)** direito à saúde como direito social e constitutivo da seguridade social (arts. 6º, 23, II, 194 e 196 da CF); **(iii)** existência de programas de fornecimento de medicamentos não impede a impetração; **(iv)** atuação do Judiciário para equilibrar a situação entre pobres e ricos no campo da saúde – a submissão dos direitos positivos à vontade do Estado é que ocasionaria a ofensa à separação dos poderes, pois ficaria a cargo do Executivo o controle dos direitos individuais; **(v)** no Estado Democrático de Direito o mínimo existencial deve ser assegurado a todos; **(vi)** previsões contidas em portarias não se sobrepõem a direito constitucional; e **(vii)** necessidade da comprovação da hipossuficiência do paciente.

2014 foi um ano de pouca mudança na jurisprudência do Judiciário goiano no tocante ao tema medicamentos. Novas teses de defesa observadas: **(i)** ausência de interesse de agir decorrente de o SUS fornecer o medicamento postulado; e **(ii)** medicamento não registrado na ANVISA. A única inovação na fundamentação das decisões de deferimento dos pedidos foi: **(i)** indiferença de o medicamento receitado estar ou não incluído na RENAME e na RESME, pelo fato dessa exigência ser contrária ao direito à saúde.

Quanto ao processos analisados referentes ao ano de 2015, aparecem as seguintes novas teses da Administração Pública: **(i)** inobservância, pelo juízo de primeira instância, dos enunciados 13 e 18 do Conselho Nacional de Justiça; **(ii)** ausência de prescrição do medicamento pleiteado por médico do SUS; e **(iii)** competência da União para a especificação dos tratamentos e medicamentos fornecidos pelo SUS. Inovações nos julgados, em 2015: **(i)** possibilidade de prescrição por profissional da via privada, como resultante da interpretação da Portaria MS 1.554/13, art. 27; e **(ii)** desnecessidade de prova da hipossuficiência de recursos do paciente.

Já em 2016 aparecer as seguintes novas teses de defesa: **(i)** necessidade da prévia oitiva das Câmaras de Saúde; **(ii)** observância do rito da licitação e fixação de prazo razoável para a realização da imposição. As

argumentações inéditas nas amostras dos anos anteriores, observadas em 2016 são as seguintes: **(i)** câmara de saúde como órgão meramente consultivo; **(ii)** invocação da Súmula nº 35 do TJGO para afastar a tese de necessidade de o medicamento postulado estar incluído na RENAME; **(iii)** hipótese de dispensa da licitação, art. 24 da Lei nº 8.666/93, para afastar a necessidade de conceder prazo razoável à Administração Pública, após o deferimento em primeira instância; **(iv)** possibilidade do cumprimento da medida da forma menos onerosa ao Estado (Lei nº 9.787/99, art. 3º); e **(v)** possibilidade, por outro lado, de bloqueio de valores da Administração Pública, para provimento da medida. Nesse ano, chama atenção um dos julgados em que foi indeferido o medicamento em razão de a Câmara de Saúde ter afirmado que a competência para a dispensa do fármaco buscado seria do Estado e não do Município, entidade identificada como coatora no MS.

Por fim, no ano de 2017 observou-se uma única inovação no procedimento de defesa: **(i)** alegação da necessidade de oitiva da Câmara de Saúde antes da prolação do ato decisório. Também se observou uma única novidade na fundamentação das decisões examinadas: **(i)** determinação de renovação da prescrição do medicamento a cada 3 meses, por aplicação do Enunciado 2 da I Jornada de Saúde Pública do CNJ. Cabe destacar que, em 2017, em uma das sentenças, a ordem foi denegada, por falta de comprovação da alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS.

Marcos regulatórios da Política pública de distribuição de medicamento no período 2008-2017: âmbito federal e estadual

Para que possamos dar uma resposta satisfatória ao questionamento referente à existência de alterações sensíveis sobre a regulamentação das políticas públicas de dispensação de medicamentos nos planos federal e estadual, nos últimos dez anos, primeiramente, devemos fazer um breve histórico sobre a constitucionalização do direito à saúde no país.

Antes da Constituição Federal de 1988, a saúde era objeto apenas de normas esparsas, especialmente voltadas à fixação de regras de competências legislativa e executiva entre os entes federados e à proteção

dos trabalhadores. Para que as mudanças em nível constitucional ocorressem, teve grande importância o Movimento da Reforma Sanitária, que propugnava o reconhecimento da saúde como um direito de cidadania, levando o Estado a se comprometer com a criação de um sistema nacional de saúde (FLEURY, 2016).

Estabelecido o marco constitucional de um sistema público e único de saúde, de acesso universal, vimos que da compreensão do artigo 196 da Carta Constitucional, três são os aspectos essenciais do direito à saúde, que extrapolam o simples conceito de ausência de doença, quais sejam: prevenção, promoção e cura, tendo o primeiro deles prioridade.

Por força da obrigação estabelecida pelo art. 197 da Constituição, de o Poder Público dispor, por meio de lei, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde, foram editadas a Lei nº 8.080/1990, responsável pela organização do Sistema Único de Saúde; a Lei nº 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da sociedade e do controle social sobre as ações e os serviços de saúde, além de disciplinar a transferência de recursos; a Lei nº 9.656/1998 e a Lei nº 9.961/2000, que juntamente regulamentam a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada.

Especificamente sobre o foco do presente trabalho, voltado à necessidade de fixação de parâmetros para o tratamento dos pedidos ao Judiciário nas atividades de dispersão de medicamentos, notamos que essa atribuição está incluída, juntamente com várias outras, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), no artigo 6º, inciso I, alínea d, de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.080/90), e, mais detalhadamente, entre seus artigos 19-M e 19-U, introduzidos pela Lei nº 12.401/2011.

Também não podemos deixar de lado o Decreto nº 7.508/2011, que em seus artigos 21 a 24 instituiu a Relação Nacional de Ações de Saúde (RENASES) e, nos artigos 25 a 29, regulamentou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), o que decorreu da Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria nº 3.916/1998, e, também, da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada em maio de 1998 pela Resolução nº 338/CNS/MS.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do ano em curso - RENAME 2017, foi estabelecida pela Portaria nº 1.897/2017 do Ministério da Saúde e basicamente corresponde à atualização do elenco de

medicamentos e insumos da RENAME 2014, elaborada com observância aos princípios fundamentais do SUS da universalidade, equidade e integralidade, com a especificação dos medicamentos fornecidos por meio de políticas públicas e indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população brasileira.

Verificamos que de grande valia foi também o detalhamento introduzido pela Portaria nº 204/2007 do Ministério da Saúde, que trouxe a definição dos Componentes Básicos, Estratégicos e Especializados da Assistência Farmacêutica.

A Portaria nº 1.555/2013 do Ministério da Saúde cuidou do Componente Básico, que destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Básica à Saúde, sendo sua execução descentralizada e de responsabilidade compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Portaria nº 207/2004 do Ministério da Saúde tratou do Componente Estratégico, que se refere ao financiamento de ações de assistência farmacêutica de programas de saúde estratégicos em nível nacional, valendo citar, o controle da tuberculose, da malária, da dengue, entre outras doenças. Sua execução também é descentralizada, com responsabilidade normalmente compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

E, por fim, a Portaria nº 1.554/2013 dedicou-se ao Componente Especializado, destinado à aquisição de medicamentos que garantam a integralidade do tratamento medicamentoso, ocorrendo, via de regra, mediante pactuação entre os entes federados e tendo sua execução, de modo geral, a cargo dos Estados e do Distrito Federal.

Constatamos que essa repartição de competências não é inflexível, podendo ser modificada por autorização expressa do artigo 10 da Lei nº 8.080/1990 e também pela Lei Complementar nº 141/2012, o que normalmente ocorre mediante consórcios entre os entes federativos.

Verificamos, portanto, grande avanço na área legislativa federal no que se refere à temática em estudo, chegando à conclusão que não é todo e qualquer medicamento que o Poder Público tem o dever de dispensar, mas, essencialmente, os de interesse da saúde, prescritos em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas pelos Protocolos Clínicos do SUS, resultando dessa aparente limitação o grande número de demandas judiciais sobre a matéria.

Na esfera estadual, do mesmo modo, também constatamos melhorias no que se refere à dispensação de fármacos. Tal como ocorrido no âmbito nacional, o Estado de Goiás elaborou sua primeira edição da Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (RESME-GO) em 1998, via Portaria nº 3.042-GAB-SES-GO.

A segunda edição, editada pela Portaria nº 050/2006-GAB-SES-GO, teve como base a RENAME 2002 e a 14ª Lista Modelo de Medicamentos Essenciais da Organização Mundial da Saúde de 2005, com atenção prioritária às doenças de relevância no Estado de Goiás.

Na RESME-GO, segunda edição, os medicamentos foram divididos em três seções. A primeira delas, Seção A, sob o título Medicamentos de uso geral, listou os medicamentos que controlam manifestações gerais de doenças. A Seção B, denominada Medicamentos usados em doenças de órgãos e sistemas orgânicos, incluiu os fármacos que atuam em sistemas orgânicos específicos. E, por fim, a Seção C, intitulada de Outros medicamentos e produtos, contém medicamentos não contemplados nas listagens anteriores.

Tal como a RENAME, a RESME-GO foi clara ao dispor que contemplava as carências terapêuticas medicamentosas de diferentes níveis de atenção à saúde, mas não cobria todas as necessidades de terapia medicamentosa, priorizando o atendimento de doenças com impacto em saúde pública.

Contudo, no ano de 2013, via Portaria nº 283/2013-GAB-SES-GO, o Secretário de Estado da Saúde revogou as portarias anteriormente mencionadas para adotar, como lista de referência para a execução da Política Estadual de Assistência Farmacêutica, a própria Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e a Relação Estadual Complementar de Medicamentos, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Por meio dessa mesma Portaria, vimos que foi constituída nova Comissão Estadual de Farmácia e Terapêutica, que tem como uma de suas atribuições, elaborar a Relação Estadual Complementar de Medicamentos.

Dessas explanações, observamos que o problema da judicialização da saúde não advém da ausência de regulamentação acerca da obrigação dos entes públicos na dispensação de medicamentos a quem deles vier a necessitar.

Com base nas ilações feitas no capítulo anterior, que dissecou o comportamento do Judiciário goiano nos últimos 10 (dez) anos, mais parece que as decisões sobre a questão têm sido fundamentadas basicamente na circunstância de o direito à saúde ser absoluto, sem o prévio exame da ilegalidade/inconstitucionalidade dessas normativas infraconstitucionais e administrativas.

Comparando a experiência goiana com a experiência brasileira: em busca de melhores práticas de atuação

Como apresentado no tópico 2 deste artigo, percebemos na análise da amostra de julgados uma marcante predisposição ao deferimento do pedido na atuação dos magistrados goianos quando envolvidos em demandas que tratam, de um lado, sobre saúde e, conseqüentemente, sobre a vida de alguém, e, de outro, dos recursos de ordem econômica do ente escolhido para figurar em seu polo passivo.

No enfrentamento dessa questão, que é um dos exemplos mais marcantes do que a doutrina denomina de escolhas trágicas, quase sempre são desconsiderados os fatos de o medicamento prescrito estar incluído nas listas do SUS, de ser ou não registrado junto à Anvisa, e de o requerente possuir ou não condições de adquiri-lo.

Não obstante, talvez influenciado pela política atualmente desenvolvida em alguns poucos Estados do país ou pelas recomendações expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público goiano, um dos maiores requerentes nas causas envolvendo a postulação de medicamentos no Estado, firmou com a Secretaria Estadual da Saúde um Termo de Cooperação, com o propósito de solucionar as demandas sobre saúde pela via administrativa.

Esse Termo de Cooperação Técnica (nº 001/2014/MPGP/CAO-SAÚDE) (GOIÁS, 2014), elaborado em 2014, com prazo de validade de 4 (quatro) anos, fixou parâmetros para a dispensação administrativa de medicamentos de alto custo às pessoas que venham a obter parecer favorável da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde - CATS.

Por ele, a Secretaria de Estado da Saúde assumiu a obrigação de destinar R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) anualmente

à questão¹. E o Ministério Público, por sua vez, ficou responsável pela coordenação do CATS, via Centro de Apoio Operacional da Saúde (CAOSAÚDE), a quem compete avaliar os pedidos de fornecimento de medicamentos pelo seu corpo técnico, tendo como diretriz o exame de conveniência da dispensação dos fármacos de alto custo previstos nas tabelas de medicamentos excepcionais aprovados pela Anvisa.

Percebemos que nos últimos tempos as ações judiciais propostas pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual de pacientes em busca de medicamentos têm de fato vindo instruídas com o laudo do CATS, em sua maioria favorável à dispensação.

Entretanto, como a quantidade desta espécie de ação continua elevada, infere-se que o êxito da obtenção de medicamentos na via administrativa, aparentemente, não se mostrou significativo, sendo vários os motivos que justificam esse quadro, todos extraídos das peças de defesa apresentadas em juízo pelo Estado: (i) medicamento em processo de licitação; (ii) falta de recursos; (iii) medicamento não registrado na Anvisa; (iv) medicamento experimental ou não incluso nas listas do SUS; e, ainda, a (v) existência de outros similares previstos nas diretrizes e protocolos da doença a ser tratada.

No âmbito dos Tribunais Superiores, especificamente, no Supremo Tribunal Federal, órgão com competência para o exame de polêmicas constitucionais, a primeira tentativa para a redução/controle do fenômeno denominado de judicialização da saúde, ocorreu por meio do julgamento do STA 175², em 17 de março de 2010.

Esse recurso foi o primeiro a ser enfrentado após a realização da Audiência Pública nº 4 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo estas as conclusões do Relator, Ministro Gilmar Mendes, ora apresentadas em ordem de prioridade de cumprimento:

1) Constatando-se a existência de política pública que abranja a doença do postulante, a atuação do Judiciário somente poderá ocorrer nos casos de omissão ou de prestação ineficiente da Administração;

¹ O valor atual é bem superior ao inicialmente acordado, segundo informações do Promotor de Justiça Coordenador do CAOSAÚDE.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de março de 2010. DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

2) Não havendo política pública, o julgador verificará se o fármaco está incluído nas listas do SUS; se não estiver, por não estar registrado na Anvisa, o pedido não obterá êxito; caso apenas não conste nas listagens do SUS, o magistrado deverá verificar se este não fornece medicamento equivalente, ao qual deverá dar prioridade;

3) Em sendo o medicamento experimental, o pedido deverá ser indeferido e

4) Para os tratamentos médicos ainda não dispensados pelo SUS, mas já fornecidos pelo sistema privado, o interessado deverá ajuizar demanda que possibilite a ampla dilação probatória, sendo reduzida a possibilidade de concessão de cautelares.

Nada obstante, essas premissas ou não foram seguidas ou foram relativizadas pela própria Corte Suprema, que vem deferindo, assim como os Tribunais inferiores, fármacos não inscritos na Anvisa e aqueles de alto custo.

Entre a realização dessa audiência pública, que resultou na aprovação da Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça³ e o ano de 2017, em que grande era a expectativa da atuação do Supremo Tribunal Federal no tema da judicialização da saúde no país, com o julgamento em conjunto dos Recursos Extraordinários 466471 e 657718, as decisões sobre a temática continuam, via de regra, sem uma parametrização e sem a perspectiva de uma questão coletiva e de política pública.

Assim, a forçoso considerar que saúde, quanto pleiteada sem os devidos cuidados e parâmetros é vista “como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos” (LIMA, 2013), restando comprometido o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, tal como garantido na Constituição Federal, em nome de um acesso judicial.

Por outro lado, o Estado do Rio Grande do Sul vem alcançando experiência mais equilibrada e constitucionalmente adequada no campo da dispensação de medicamentos ao desenvolver uma “Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com Foco na Saúde” (JFRS, 2015).

³ **Recomendação 31/2010.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

Especificamente sobre o que tem relevância a este trabalho, destaca-se a criação da Rede Estadual – Projeto Medicamentos, baseada no entendimento de que o enfrentamento do problema depende da congregação de todos os envolvidos em torno dos pontos convergentes, não sendo a judicialização a melhor solução para todas as situações.

Compõem a Rede Estadual do Rio Grande do Sul os seguintes órgãos: Secretaria de Estado da Saúde, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Advocacia Geral da União - Procuradoria Regional da União/4ª Região, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, Procuradoria Geral do Estado, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado, Programa de Qualificação em Gestão Pública, Secretaria Municipal de Saúde de Lajeado, Secretaria Municipal de Saúde de Rio Grande.

Como sugestões para a formação das redes municipais de medicamentos constatamos que foram delineados os seguintes passos (JFRS, 2015):

- 1) Fornecimento ao usuário, em uma única consulta, de todos os documentos necessários para a obtenção do medicamento constante nas listas de assistência farmacêutica;
- 2) Padronização do formulário de laudo médico nos casos de prescrição de medicamento não fornecido pelo SUS e
- 3) Exigência do documento de comprovação da negativa de fornecimento no âmbito administrativo.

Para as situações em que a procura do Judiciário se mostra inevitável, vimos que foram sugeridas a adoção do seguinte devido processamento (JFRS, 2015):

- 1) Propositura da demanda em desfavor do ente responsável pelo fornecimento do fármaco, segundo Lista Unificada de Medicamentos fornecidos pelo SUS (Município, Estado ou União);
- 2) Comprovação pelo usuário, sempre que possível, da solicitação e da negativa de fornecimento do medicamento na esfera administrativa e
- 3) Contato municipal e estadual de farmácias para certificação da indisponibilidade de dispensa do fármaco antes do bloqueio de valores.

Importante inovação igualmente identificada nesse documento foi a descrição da conduta a ser seguida pelos profissionais da saúde tanto para os casos de prescrição de medicamentos dispensados pelo SUS como para os não constantes em suas listagens.

Assim, como documentos necessários à instrução da petição inicial, a cartilha relaciona (JFRS, 2015):

1) Documentos básicos: cópia da Carteira de Identidade e do CPF; cópia do Cartão do SUS; cópia do comprovante de renda (familiar); cópia do comprovante de residência; declaração de pobreza (fornecida pela Defensoria Pública); e quando o pedido for para terceiros, procuração registrada em cartório ou termo de curatela e documentos pessoais do representante legal ou curador;

2) Documentos específicos:

2.1) Protocolo do pedido administrativo e histórico de fornecimento ou não fornecimento do medicamento – documento demonstrando desde quando o medicamento está em falta ou que ainda não foi liberado por estar em avaliação técnica;

2.2) Laudo médico original constando a doença e/ou diagnóstico (de forma extensa e com CID), o caráter de urgência (por escrito, obrigatoriamente), as consequências no caso de não se conseguir o medicamento/insumo, e/ou o risco de morte (somente quando for o caso), o nome da medicação (o nome da substância química, bem como o nome comercial);

2.3) Receita contendo o nome da medicação (substância química e comercial), a dosagem e a posologia (quantidade que deve ser usada – comprimidos, injeções, etc. – por dia e por mês), a sua periodicidade (uso contínuo ou por tempo determinado) e

2.4) Três orçamentos formais de farmácias diferentes (conforme a receita).

Para a atuação dos magistrados, foram tecidas as seguintes recomendações (JFRS, 2015):

1) A judicialização da saúde tem início com a negativa da Administração Pública em prestar a medicação prescrita ao paciente, o que tanto poderá decorrer da ineficiência da gestão – o medicamento está incluído nas listas do SUS, mas, por algum motivo, não é dispensado, ou

não o é no prazo adequado – ou da ausência de previsão legal, caso que, em tese, o gestor não teria a obrigatoriedade de fornecê-lo;

2) A solução administrativa é sempre a mais indicada, pois evita gastos com a utilização da via judicial;

3) Igualmente, para fins de efetividade das atividades e das políticas públicas voltadas para saúde, como também para os casos de ausência de previsão legal, é importante incentivar a construção conjunta de critérios para o atendimento inicial e para eventual judicialização, contribuindo para equidade no atendimento;

4) A criação das Câmaras Técnicas (CT) ou Núcleos de Apoio Técnico (NAT) tem papel importante na resolução do conflito, pois esses órgãos têm por objetivo principal auxiliar o magistrado no momento de analisar pedidos liminares ou de antecipação de tutela, informando se a postulação é adequada ou não para o tratamento da patologia apontada pelo requerente.

Assim como no Rio Grande do Sul, verificamos que o Distrito Federal e o Estado do Rio de Janeiro são outras unidades da Federação com atuações avançadas no setor da dispensação de fármacos à população carente, apesar de nenhuma delas superar o trabalho contínuo que vem sendo desenvolvido no Rio Grande do Sul, pelo menos do ponto de vista de divulgação das medidas adotadas e de uma clara preocupação em não permitir que o Judiciário atue na contramão da redução de desigualdade, que deve guiar também as políticas de saúde.

Considerações finais: contribuições para uma parametrização para o substantive due process of law da questão das demandas por medicamentos

Sem sombra de dúvidas, as boas práticas relatadas no capítulo préterito em muito contribuiriam para uma organização melhor da prestação jurisdicional goiana sobre o tema dispensação de medicamentos, já que podemos afirmar, com significativo grau de certeza, que o tratamento conferido ao assunto pelo Estado de Goiás, até 2016, seja em sua esfera Executiva, seja na Judicial, não está sendo eficaz do modo como poderia.

Essa circunstância sugere a relevância da busca por construção de uma parametrização dos procedimentos adotados para a tomada de decisão nessa seara (um *substantive due process*), sob pena de se atingir uma situação de contrassenso da atuação judicial com as políticas públicas existentes e de que apenas àqueles que têm condições de se socorrer perante o Judiciário tenham a possibilidade de alcançar suas pretensões.

Como detalhado anteriormente, esse assunto, via de regra, é daqueles que sempre coloca o magistrado frente à tormentosa questão de decidir entre a saúde/vida de uma pessoa, com todo o seu sofrimento relatado nos autos, e o respeito aos critérios predefinidos de uma política pública. Uma coisa é quando a Administração, arbitrariamente, nega o medicamento por erro e contrariedade à própria política pública estabelecida; outra diz respeito à negativa por coerência com os critérios igualitários definidos na política pública.

Em muitas ocasiões esquece-se que atrás do ente público demandado está a saúde/vida de tantos outros, ou seja, de toda a comunidade representada pelo ente público acionado, que poderá ser prejudicada com a destinação para uma única pessoa, que necessita de medicamento de alto custo, de verba pública que poderia ser direcionada à aquisição de medicamentos básicos para o abastecimento de toda uma região, por exemplo.

Do mesmo modo, muitas vezes nos olvidamos que o modo como o dinheiro público deve ser gasto depende das políticas públicas prioritárias, elaboradas e executadas por aqueles que elegemos para compor nosso Parlamento e Executivo, que fazem escolhas capazes de obrigar e que devem ser respeitadas também pelo Judiciário, salvo quando inconstitucionais. Ainda assim, é preciso saber fazer o controle de constitucionalidade, para que não se queira chamar de inconstitucional tudo aquilo que contraria nossa visão pessoal acerca do que seja justo e de como as coisas deveriam ser.

É exatamente esse ponto que este trabalho se propôs a abordar, traçando ou ao menos pontilhando um caminho capaz de garantir uma maior efetividade ao direito das pessoas hipossuficientes aos medicamentos que lhes forem prescritos, com a mínima interferência judicial, nunca deixando de lado a máxima de que investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.

Vimos que quando o Poder Judiciário é acionado, quase sempre prevalece a pretensão do solicitante, sendo a principal justificativa adotada pelos julgadores o posicionamento unânime de que a saúde é um direito de todos, relacionado ao bem maior vida, a ser prestado solidariamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Porém, é possível estabelecer uma parametrização mais eficiente em termos de resposta adequada à Constituição, nessa questão, visando não cair em um argumento que, de tão geral e genérico, pode fundamentar quase qualquer decisão nessa seara.

Os artigos da Constituição sobre o tema estabelecem ser dever do “Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle” da promoção do direito à saúde, e que as ações e serviços públicos de saúde “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizados com base na “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” e na “participação da comunidade”.

Especificamente sobre o direito à assistência farmacêutica, temos como principais referências normativas os artigos 200, inciso I, da Constituição Federal; 6º, inciso I, alínea d, da Lei nº 8.080/1990; Lei nº 12.401/2011, que introduziu os já transcritos artigos 19-M a 19-U à Lei do SUS; Decreto nº 7.508/2011, que estruturou o SUS; Portaria nº 3.916/1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos; Resolução nº 338/2004, que aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica; e, por fim, a Portaria nº 204/2007, que estabeleceu os Blocos de Financiamento do SUS, entre os quais aquele destinado à Assistência Farmacêutica, integrado pelos Componentes Básico, Estratégico e Especializado.

Assim, não havendo responsabilidade solidária, mas, sim, subsidiária entre os entes federados quanto à obrigação no fornecimento de medicação aos necessitados e tendo a lei infraconstitucional fixado a competência de cada um deles, permitida sua modificação mediante consórcios, não há razão para deixar de se observar as regras de cunho administrativo sobre a matéria, o que em muito contribuirá para uma maior organização e eficiência dessa atividade.

Vale mencionar que o Recurso Extraordinário 855.178, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de repercussão geral, que

reafirmou a jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados, ainda não transitou em julgado, estando pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela União, em que se alega justamente a falta de conclusão no *leading case* STA 175-AgR sobre a responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, entendimento em sentido contrário:

em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havendo a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam (BARROSO, 2007).

Ao nosso ver, tal concepção, aliás, se alinha a uma das principais diretrizes do Sistema Único de Saúde, que é justamente a da subsidiariedade.

Ora, o fato de todos os entes da Federação serem responsáveis pela saúde pública e, especificamente, pela dispensação de medicamentos, não impede que pactos e acordos sejam feitos, que diretrizes administrativas sejam traçadas para que, em uma mesma região, não sejam todos os entes obrigados a dispensar os mesmos tratamentos e a fornecer os mesmos medicamentos a quem deles vier a necessitar.

Esta, portanto, é uma importante diretriz a quem necessitar percorrer o árduo caminho pela busca de medicamento: sempre que possível, a demanda deverá ser ajuizada contra o responsável por sua aquisição, de acordo com as normas previstas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), de competência do Ministério da Saúde, e nas Relações Estaduais (RESME) e Municipais (REMUNE), caso existentes.

Propriamente sobre a atividade judicante, entendemos que os magistrados, diante da petição inicial de ação proposta com esse desiderato, deverão se ater às seguintes recomendações, algumas extraídas de julgados da Corte Suprema, outras das ações do Conselho Nacional de Justiça, e, por fim, outras dos modelos adotados nos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, referências no assunto:

1) Verificar a existência de prévio requerimento administrativo, evitando-se, assim, a judicialização desnecessária;

2) Constatar a hipossuficiência do postulante, o que deve ser feito com base no valor do fármaco almejado e não apenas com relação à sua situação financeira.

Por isso, é importante que a inicial esteja instruída com documentos probatórios dessa situação, tais como comprovante de renda e de gastos e orçamentos do medicamento pleiteado.

A circunstância de o direito à saúde ter de ser prestado pelo Estado, sem que tenham sido dispensadas dessa mesma obrigação as pessoas, as famílias, as empresas e a sociedade, tal como previsto no artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.080/1990, corrobora esse posicionamento;

3) Verificar se a petição inicial encontra-se instruída com o relatório médico, indicando as normas farmacológicas e estabelecendo o diagnóstico da doença segundo a Classificação Internacional da Doença;

4) Antes de se analisar o pleito liminar, caso existente, e não tendo a ação sido proposta pelo Ministério Público Estadual na condição de substituto processual, situação em que a exordial terá vindo acompanhada de parecer conclusivo da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde - CATS, o julgador deverá encaminhar os autos à Câmara de Saúde do Judiciário⁴, para a obtenção de subsídios técnicos para decidir (isso, não como uma faculdade do juízo, mas como uma obrigação para com o *devido processo*);

5) Sempre que possível, deverá ser previamente ouvido o gestor do Sistema Único de Saúde do ente acionado, com o objetivo de identificar a existência de alternativas terapêuticas ao caso sub judice;

6) Vislumbrar se o medicamento postulado está inserido em uma das listas do SUS, o que a princípio demonstrará que o insucesso do requerimento na via administrativa provavelmente adveio de falha de gestão, hipótese que afastaria por completo a tese de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, normalmente invocada pelo Estado em defesa;

7) Constatar a eficaz demonstração da imprescindibilidade do medicamento novo e da impossibilidade de sua substituição por fármaco incorporado pelo SUS, caso a ser discutido na via ordinária, em face da necessária e ampla dilação probatória;

⁴ Constituída pelo Termo de Cooperação Técnica nº 001/2012.

8) Atestar se o medicamento prescrito está registrado na Agência de Vigilância Sanitária, pois incumbe ao Estado, de um modo geral, zelar pela saúde da população;

9) Optar por medicamento genérico ou similar, sempre que não houver estudo consistente da ineficiência deste e que a diferença de custo entre um e outro justificar a opção;

10) Designar, quando possível, audiência para a oitiva do médico quando houver dúvida sobre a eficácia, eficiência, segurança e o custo efetivo da prescrição;

11) Observar a vedação ao fornecimento de medicamento em fase experimental;

12) Certificar sobre a possibilidade de universalização igualitária entre potenciais usuários do medicamento, sob pena de ofensa ao comando do artigo 194 da Constituição Federal;

13) Aceitar a tese da reserva do possível quando efetivamente comprovada a indisponibilidade financeira do ente público para o custeio do medicamento e quando não ficar demonstrado que a ausência do medicamento produzirá grave risco à saúde do solicitante (notadamente nos casos de alternativas ao medicamento na lista de remédios disponíveis) e

14) Priorizar as ações preventivas e as que forem indispensáveis à vida do solicitante (a alteração dos critérios preestabelecidos na política pública deve ser justificada por uma demonstração cabal do risco à vida ou de dano importante à vida do paciente, não bastando meras alegações).

Vale mencionar que muitos desses parâmetros poderão vir a ser oficialmente estabelecidos com o julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, que têm como objeto o fornecimento de medicamentos de alto custo e os que não possuem registro na ANVISA.

Referências bibliográficas

ASENSI, F. *Sistema único de saúde: Lei nº 8.080/1990 e legislação correlata*. Brasília: Alumnus, 2015.

ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADIN, A. S. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *CONJUR*, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

BARROSO, L. R. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 159-176 p.

BERNARDES, J. T.; FERREIRA, O. A. V. A. *Direito constitucional: teoria da constituição*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALHEIRO, A. F.; JÚNIOR, J. A. D. O. Publica Direito. *CONPE-DI*, 2012. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d38dd921e155207>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

DIAS, J. C. *O controle judicial de políticas públicas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIREDO, M. F. *Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.080/90; Lei nº 8.142/90; Decreto nº 7.508/2011 e Lei Complementar nº 141/2012*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FLEURY, S. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

GOIÁS. *Termo de cooperação técnica 001/02014/MPGP/CAOSAÚDE*. Goiânia: [s.n.], 2014.

GOMES, J. A. *Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde*. Leme: J. H. Mizuno, 2016. 25-70 p.

GOMES, L. S.; MONTEIRO, P. M. *Publica Direito*. CONPEDI, 2012. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod= b06f50d1f89bd8b2](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b06f50d1f89bd8b2)> . Acesso em: 07 Setembro 2017.

JFRS. *Ação de planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde. Otimização da rede de fornecimento de medicamentos*. JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2015. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Acao_de_Planejamento_e_de_Gestao_Sistemicos_com_Foco_na_Saude.PDF> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

JÚNIOR, N. N. *Princípios do processo na constituição federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, R. S. D. F. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 237-253 p.

MAGALHÃES, B. B.; FERREIRA, V. R. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. JOTA, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

MELLO, C. A. B. D. *Eficácia das normas constitucionais e direiros sociais*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. *Gestão pública e direito municipal: tendências e desafios*. São Paulo: Saraiva, 2016. 387-406 e 476-486 p.

MOREIRA, P. D. S. Entre princípios e políticas (policies): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin. *Pu-*

blica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7>>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

NETO, E. R. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

NOVELINO, M. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, R. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 11. ed. São Paulo: Atual, 2015.

OHLAND, L. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. *Direito & Justiça*, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.

OLSEN, A. P. Eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível. *DSPACE*, 2017. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/>>. Acesso em: 12 Abril 2017.

PORTELA, P. H. G. *Direito internacional público e privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 833-863 p.

PUPION, R. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 311-324 p.

RAMOS, E. D. S. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, 2007.

SANTOS, S. C. D.; CARVALHO, M. A. F. *Mundo acadêmico e construção do conhecimento: normas e técnicas*. 3. ed. Goiânia: Kelps, 2016.

SCHULZE, C. J. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. *Revista da Doutrina*, 2014. Disponível em: <<http://revistadoutrina>

Parâmetros para o julgamento das demandas voltadas às políticas públicas de dispensação de medicamentos: retrospectiva da atuação do judiciário goiano e proposições para práticas constitucionalmente adequadas

trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html > . Acesso em: 15 Setembro 2017.

SCHULZE, C. J. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO STF EM 2017. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/stf-fixa-novos-parametros-para-a-judicializacao-da-saude>> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

SCHULZE, C. J. A judiciação da saúde no STF em 2017. *Empório do Direito*, 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-judicializacao-da-saude-no-stf-em-2017>> . Acesso em: 22 Setembro 2017.

Marina Ayres Ferreira Lima Bueno - Especializada em Direito Processual Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás e Analista Judicial junto ao Poder Judiciário do Estado de Goiás.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho - Doutor em Direito pela UFMG. Professor Efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFG.

Um novo paradigma para o *homo economicus*

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA
MARILIS DE CASTRO MULLER

Resumo: No período paleolítico o *homo habilis* vivia num estado pré- econômico, buscando na natureza a satisfação de suas necessidades num sistema equivalencial de autoprodução, autoconsumo e autodistribuição. Diante das adversidades evolutivas sobreviveu a espécie mais criativa, o *homo sapiens*, que passou a modificar a natureza intencionalmente para obtenção do bem que lhe era ausente. A valorização da natureza, transformada em mercadoria pelo trabalho humano, passou a ser medida pela quantidade de tempo que o indivíduo despendia para a produção de um bem, numa quantidade de tempo e com um tipo de técnica, numa determinada época. Essa valorização deu origem aos sistemas econômicos e às suas respectivas instituições, que principiaram por formas comunitárias, passaram às escravistas, feudais, socialistas e capitalistas. No Brasil, o escravismo perdurou por mais de três séculos, gerando toda a sorte de injustiça social que ainda hoje se faz presente. E do ranço colonialista não se livra, só hospeda outra metrópole, pois se libertando do mercantilismo de monopólio de Portugal agora se assujeita ao mercado financeiro monopolista. Esse *Homo economicus*, territorializado pelo neoliberalismo, precisa se resignificar e um bom paradigma é o ecosófico.

Palavras-chave: Sistemas econômicos. Capitalismo. Crítico. Ecosofia.

A NEW PARADIGM FOR THE HOMOECONOMICUS

Abstract: In the Paleolithic period *homo habilis* lived in a pre-economic state, looking for in nature the satisfaction of HIS needs in an equivalential system of self-production, self-consumption and self-distribution. Before evolutionary adversities, the most creative species survived, *homo sapiens*, which began to intentionally change nature in order to obtain good that was absent. The nature's value, transformed into a commodity by human work, began to be measured by the amount of time that the individual spent for the production of a good, in an amount of time and with a technique type, in a certain time. This valuation gave rise to the economic systems and their respective institutions, which began with community forms, passed to the slaveholders, feudal, socialist and capitalist. In Brazil, slavery lasted for more than three centuries, generating all sorts of social injustice that is still present today. And of the rancidity colonialist does not get rid, only hosts another metropolis, for freeing itself from the mercantilism of monopoly of Portugal now is subordinated to the monopoly financial market. This *homo economicus*, territorialized by neoliberalism, needs to resignify and a good paradigm is the ecosophic.

Keywords: Economic systems. Capitalism. Critical. Ecosophy.

Introdução

Desde a pré-história o homem busca a satisfação de suas necessidades na natureza, com a diferença de que o *homo habilis* não a modificava para tanto, simplesmente colhia-lhe o fruto com suas mãos. Era o período pré-econômico dos coletadores em que reinava a abundância. A disputa por alimentos e espaço fez com que algumas espécies do gênero *homo* se extinguissem enquanto outras se firmassem, tal como o *homo sapiens*, surgido há 150 mil anos. Essa espécie criativa se impôs sobre as demais e também sobre a natureza, passando a modificá-la para satisfação de suas necessidades, dando início às relações de produção. Quando essa mesma espécie passou a desejar algo que lhe era ausente, precisou atuar sobre a natureza, modificando-a para obtenção da coisa necessária. E, transformando natureza em um produto humano, oriundo do trabalho, inaugurou a fase econômica propriamente dita. Do período paleolítico à modernidade a valoração desse produto ensejou distintos sistemas econômicos e distintas instituições. Os primeiros sistemas foram os das práticas comunitárias primitivas, depois escravistas, feudais, socialistas e, atualmente, o capitalista. Esse artigo, partindo de uma breve sondagem histórica realiza uma crítica ao capitalismo. Desse sistema, principalmente de sua versão neoliberal, que já não se ocupa da realidade, mas somente da instituição do mercado, considerando que o ser humano já não tem necessidades. Essa espécie, considerada por HIMKELAMMERT (*Apud* Dussel, 2016,p. 86)¹, como uma carteira ambulante que tem como bússola um computador que só contabiliza juros, é, numa ordem conceitual econômica, o *Homo economicus*. E é dela que se precisa evoluir para garantir a vida no planeta.

Economia no paleolítico

“Não é grande coisa, esse tal desejo. É a cenoura na frente do burro. Ele (eu, você...) não alcança a cenoura. Mas faz seu caminho aparentemente atrás dela, sem perceber que não é a cenoura que

¹ HIMKELAMMERT, F. *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lúcyfer y la bestia*. San José: DE, 1991 (Trad. Port: Sacrificios humanos e sociedade ocidental: Lúcyfer e a Besta. Pulos, São Paulo, 1995.p. 188.

o conduz: é seu desejo de cenoura que inventa o percurso.” (KEHL *Apud* NOVAES, 2015)²

A economia já foi de abundância. Pelo menos por hipótese. Há 4 milhões de anos surgiu o *homo habilis* que derivou em outras diversas espécies de homínídeos que conviviam e disputavam espaço e alimentos, devendo se adaptar a diversas situações ambientais, geográficas, climáticas.

As espécies do gênero *Homo* impuseram-se sobre as demais, extinguindo algumas e propiciando o surgimento de outras novas, tal como o *homo sapiens*, há 150 mil anos. Esse homem paleolítico que se diferenciava dos antecessores pela criatividade se expandiu do centro e oeste da África para toda a terra, para chegar a Europa e América entre 30 mil a 50 mil anos. Vivia em comunidades nômades, em regime de equivalência, no qual produzia, geria o excedente da produção, num processo de autoprodução e auto-distribuição, de modo que o produto não se transformava em mercadoria.

À economia interessa porque é um ser vivo dotado de um metabolismo que consome energia e outros insumos materiais, devendo repô-los para não sucumbir à sua falta. Seu sistema cerebral registra a dor como sinal de alerta de falta de energia ou alimento, fazendo com que ele os reponha. É o sistema límbico que o faz perceber essa falta como uma negatividade primária e o faz buscar a satisfação na reposição da energia consumida. Essa informação é registrada ainda na memória cultural, permitindo-lhe ter consciência do que lhe é necessário para a preservação da vida.

A vida consome energia e isto demanda reposição. Diante dessa dinâmica o ser humano passa a ser referência para o campo econômico, posto que economiza energia para repô-la, em seguida, com o mínimo esforço para a perpetuação da vida.

O humano vê tudo que o rodeia como “satisfatores”³ dessas necessidades, segundo DUSSEL⁴, e, fenomenologicamente, ao constituir as coisas como tal, dá às mesmas a capacidade de negar a negação. Se a fo-

² KEHL, Maria Rita. A utopia da cura em psicanálise. In: NOVAES, Adauto. *Org. Utópico - o novo espírito*. Artepensamento. Rio de Janeiro. 2015.p. 83.

³ Meios para satisfazer

⁴ DUSSEL, Enrique, *16 tesis de economía política*. Interpretación filosófica, Siglo XXI Editores, México, 2014, p. 4

me é negação (falta de alimento), comer é negar a negação, afirmando o satisfator enquanto tal, por conseguinte, afirmando a vida. O suprimento das necessidades acaba sendo uma exigência ética ou normativa fundamental dos sistemas econômicos.

A coisa constituída como satisfator é denominada, desde Aristóteles como valor de uso. A coisa real em sua propriedade de coisa, median-do o consumo pra supressão de uma necessidade. A coisa transformada no conteúdo do consumo. Para tanto é necessário o vivente, sem a consciência de uma necessidade, não há valor de uso, apenas a coisa em suas propriedades físicas. Consumir a coisa significa negá-la em sua propriedade de coisa para incorporá-la pelo seu valor de uso. O pão, numa dialética de necessidade-utilidade, quando ingerido, já não é mais pão, é repositore de energia, consequentemente perpetuador da vida.

Se a coisa, em propriedade física, já existe na natureza, pode ser usada em seu valor de uso; entretanto, também pode ser produzida, plantando-se uma semente que dará uma árvore de onde se colherão frutos. Neste caso, será um produto humano que tem valor de uso produzido, e, por ser fruto de um trabalho, agrega outro tipo de valor.

Na satisfação de uma necessidade o sujeito repõe a energia e o ciclo vital primevo é cumprido. É um período pré-econômico, quando ainda não há trabalho, produção, modificação do ambiente natural e intercâmbio: a coisa já está à disposição no ambiente, basta tomá-la à mão, consumi-la e incorporá-la. É a fase que DUSSEL⁵ denomina de economia de abundância, paraíso anterior à economia, dos coletadores e caçadores do Paleolítico. Ainda assim, a tem como postulado, já que tal estado de natureza dificilmente teria existido, pois uma extração difícil ou a caça a um animal muito veloz, já pressuporia trabalho.

Esse ciclo vital originário (vivente - satisfator - consumo) sempre teve um ator coletivo, quer seja uma comunidade, um clã, uma tribo, uma família, mas nunca um indivíduo isolado, tal como postula o individualismo de Adam Smith.

Foram as relações práticas comunitárias, institucionais ou não, como as linguísticas, de família e parentesco, amizade, adesão, participação em sociedades que deram início à vida econômica, e não o individualis-

⁵ Enrique, *16 tesis de economía política*. Interpretación filosófica, Siglo XXI Editores, México, 2014. p. 7.

mo metafísico de Hobbes, em que indivíduos egoístas competiriam em um hipotético estado de natureza, conforme postula Adam Smith. A competição não seria possível se os oponentes não estivessem num mesmo campo, falando a mesma língua, disputando bens comuns para projetos de vidas semelhantes. Portanto, a premissa da qual parte Adam Smith é falsa posto que a competição por ele postulada pressupõe por si mesmo uma condição ontológica de comunidade, um substrato onde se desenrola não só a constituição, mas a afirmação desse sujeito competitivo. Ademais, verifica-se que, historicamente, a vida em comunidade se organizava num sistema equivalencial, gerenciando o necessário e o distribuindo equitativamente.

As relações de produção principiaram no momento em que o homem atuou natureza para produzir algo que não existia, ainda num estado ainda pré-econômico. O novo era um produto fruto da *poiesis* (da criação), alimentada pela *téchne* – arte, hábito instrumental da alma grega – de saber como fabricar os produtos, que passaram a agregar o valor do trabalho humano.

O sujeito desejava um objeto que lhe era ausente, isso fazia com que modificasse a natureza a fim de obtê-lo, produzindo o bem ausente numa intenção *poiética*. Nesse processo de produção a mera coisa real material era transformada em produto, pela agregação do trabalho humano. Nisso o trabalho era objetivado, colocando-se numa nova determinação da coisa real. O fruto do trabalho (até então subjetivo) se tornava real em produto (objetivo).

O trabalho subjetivo, ainda não subsumido em um sistema produtivo concreto é denominado por Marx de trabalho vivo. O sujeito tem necessidade, porém, não tem os satisfatores, de modo que sua mão se transforma em sujeito produtor, em sujeito do trabalho, mas de forma indeterminada, sem objetivar-se em produto. A partir do momento que se objetiva, torna-se trabalho objetivado, configurando a primeira excisão entre o ser e o ente.

Este é o ponto de partida de todo campo produtivo e econômico. O trabalho produz o satisfator, bem ou coisa útil, concretizando-se como conteúdo de uma necessidade humana, útil e por isso, um objeto cultural. Na medida em que é fruto de trabalho humano, nele objetiva a vida humana, agregando-lhe valor. Como o processo de trabalho correspon-

de a uma necessidade humana, diz-se que o sujeito de trabalho produz o sujeito do consumo.

No período paleolítico o trabalho não era individual, era o trabalho de um singular dentro de uma comunidade. Isso desencadeou o estabelecimento de sistema de trabalhos diferenciados de acordo com habilidades e perícias distintas, organizados pela própria comunidade, principiando a divisão técnica do trabalho.

O produto do trabalho humano é denominado valor, enquanto dá-se o nome de valor de uso à coisa que já está à disposição na natureza. Para ser valor, enquanto produto, deve ser útil ou consumível e ser produzido pela atividade humana. Na natureza não há produto, só haverá na medida em que seja modificada pela ação humana, transformando-se em cultura. A economia é parte do mundo cultural, enquanto o valor de uso é matéria do consumo.

O produto, fruto da atividade humana, compõe o campo econômico, desencadeando as relações produtivas, que divergem das relações práticas ou sociais. As relações práticas eróticas, pedagógicas ou políticas podem ser imediatas, as econômicas, no entanto, são necessariamente mediada pelo produto, fruto do trabalho humano, objeto da necessidade de outro humano. Requerem a transformação da natureza pelo trabalho, para a produção, reprodução e crescimento da vida humana. A estrutura econômica se dá no cruzamento entre relações produtivas e práticas sociais.

Nos clãs, tribos, comunidades a práxis comunitária se estabelecia numa estrutura equivalencial, os membros produzindo e gerenciando a troca em igualdade de distribuição e participação, sem diferenças na apropriação dos excedentes dos bens.

Um sistema de justiça que fica na memória como uma utopia originária.

Economia no neolítico

O período neolítico principia com as tribos nômades do deserto ou das estepes num sistema equivalencial, cujo modelo igualitário não se sustenta ao longo da história.

Com o início da cultura urbana se engendraram as primeiras instituições (família, religião, Estado) e dentre estas, as econômicas e com elas o lucro. O ser humano, ao produzir mais bens do que necessita para o consumo imediato, gerava um excedente de produção que se acumula como riqueza da comunidade.

Nas comunidades e tribos os atores que produziam eram os mesmos que geriam o patrimônio, uso e consumo, e o faziam de forma igualitária. Na expansão das comunidades pelo planeta houve uma maior disputa sobre recursos que se escasseavam, desencadeando, igualmente, maior necessidade de obtenção dos mesmos, o que levou à multiplicação dos ofícios e das técnicas artesanais. Os coletadores se transformaram em pequenos agricultores, os caçadores em pastores e as aldeias em pequenas cidades, sufocando o sistema igualitário, produzindo desigualdades.

O desenvolvimento civilizatório levou ao estabelecimento de relação de troca e apropriação dos produtos, tendo cada produtor, reciprocamente, necessidade do produto produzido por Outro. Essa relação de apropriação mútua transformou o produto em mercadoria, que não mais seria doada, mas sim vendida.

O produto do trabalho humano, como satisfator de uma necessidade (antes inexistente) em relação de troca (venda), adquire valor de troca. A coisa produzida, quando inserida no campo econômico, ganha sentido de objeto econômico: produção de um bem como mercadoria para aquisição por outro membro da comunidade.

O valor de troca é uma medida quantitativa e inaugura a fase econômica propriamente dita. A intercambialidade entre as mercadorias – produto do trabalho humano com intenção de consumo de Outro que dela necessita – marca o campo econômico. A produção do valor de uso e sua distribuição para troca no mercado, abandona o campo econômico (no sentido da subsunção corporal da mercadoria com valor de uso) para adentrar no consumo, que é a finalidade material do processo econômico: afirmação, reprodução e crescimento da vida humana.

Para mediar a troca de mercadorias foi criado o dinheiro (ou coisa com valor equivalente) como uma terceira mercadoria, utilizada como medida de equivalência entre os produtos úteis, para que as trocas fossem justas, igualitárias.

Nas economias tradicionais o dinheiro media com seu próprio valor de troca o valor das demais mercadorias, numa relação de equidade. No século IX DC, foi criado na China, o dinheiro impresso, cujo valor era estabelecido por convenção e garantido pelo Estado, primeiramente com respaldo em ouro. Nisso o valor do dinheiro deixou de ter seu valor de troca intrínseco, como ouro e prata, e, a mudança para um valor convencionado para a troca de uma mercadoria, dá ensejo ao preço. Quando o referencial do valor do dinheiro muda, quando não é mais o intrínseco, pode ser acumulado infinitamente.

Antropologicamente, o fundamento da medida do valor é a quantidade de tempo empreendido por um trabalhador, para produzir certa quantidade de valor de uso, num tempo médio de produtividade e técnica exigidos, numa certa época. As alterações no modo de produção e apropriação de excedente implicarão em distintos sistemas econômicos.

O campo econômico pelo qual transita o ser humano é institucionalizado em diversos sistemas, que, por sua vez, apresentam estruturas, instituições e práticas sociais próprias que organizam seus momentos funcionais por divisão do trabalho, como unidade teleológica, podendo ou não coexistir no tempo e no espaço. No campo econômico de um mesmo Estado pode existir um clã funcionando em sistema de equivalência e, num território, um sistema capitalista.

Os sistemas vão se estruturando segunda a forma de produção, gestão, apropriação e consumo do excedente. Assim, estruturaram-se primeiramente em práticas comunitárias primitivas, depois em escravismo, em feudalismo, socialismo e no atual capitalismo, que vem devorando a humanidade, num processo de desenvolvimento quantitativo e tecnológico dominado por 1% (um por cento) da população planetária em detrimento aos demais.

Economia na civilização

No terceiro milênio aC, é descoberto, no sul da Ásia, o bronze, uma liga de cobre e estanho fartamente utilizada na fabricação de ferramentas, armas e utensílios. Sua ampla utilidade fomenta sua comercialização, fazendo da Suméria um grande centro de conhecimento, marcando-a, por

isso, como berço da civilização – Idade do Bronze. O comércio do bronze exigia transporte marítimo, cuja arte de construção de barcos foi dominada pelos sumérios, que a estendeu pelo ao mediterrâneo até Creta, dando início à civilização minóica.

Entre 2000 e 1500 anos aC foram descobertos o ferro e aço o que desenvolveu a produção e também a capacidade militar.

Indo europeus e semitas deram origem a civilização ocidental, sendo a região do vale do Nilo a grande expressão civilizatória. O vale era grandemente povoado e de agricultura farta, de modo que o processo de irrigação, controle de rios, a comercialização, foram fatores de união das comunidades urbanas e rurais em torno de interesses comuns, favorecendo intercâmbio de ideias, mercadorias, interesses administrativos, produzindo cultura. A escrita primeiramente utilizada pelos mercadores passou a ser usada para registro de tradições religiosas, da história oral, literatura e poesia, usos e costumes, passando, segundo MOURTHEE⁶, a regulamentar as relações ente as comunidades, quando, pela necessidade de proteger a região, uma passou a liderar as demais.

Estabeleceu-se a civilização egípcia, que vingou até 1069 a.C. O Estado Egípcio tinha 600 anos quando se tentou a formação do 1º Império da Mesopotâmia, que se formou, efetivamente, em XXIII AC, entre a Mesopotâmia, Pérsia, Anatólia, Síria, Palestina. Nesse período duas cidades-estados se destacaram: Assíria e Babilônia, sendo que esta última se tornou a mais importante, sob o reinado de Hamurabi, que tinha por princípio proteger os pobres. As mais significativas mudanças culturais promovidas pelos babilônios foram a renovação política e o direito, com a instituição do Código de Hamurabi, cuja dinastia findou em 1595 a.C. Desenvolveu-se então o Império Hitita que foi devastado pelos povos do mar, destacando-se nesse período, o povo fenício.

Os fenícios saíram de Cartago, sua colônia fundada no século IX a.C na África, e se expandiram até chegar na Sicília, Sardenha (Itália), Córsega (França) e Espanha, construindo sua rede comercial. Ultrapassaram o estreito de Gibraltar chegando à Inglaterra, havendo referências arqueológicas que estiveram no Brasil.

⁶ MOURTHEE, Arnaldo. *História e Colapso da Civilização*: É melhor o incômodo da advertência que a tragédia da ignorância. Editora Mourthé, Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=C0aaCwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false>. (sem paginação).

Cartago foi um grande império marítimo que se estendia da Numí-
da até o Estreito de Gibraltar. No século VI rompeu suas relações com
a metrópole e tornou-se uma nação rica e poderosa, prosperando su-
as classes abastadas pelo comércio e exploração de prata e de estanho
na Espanha, Grã-Bretanha e África Central, alicerçados por subornos e
opressão das massas para manter o domínio plutocrata. Sua grande ex-
pansão fez com que os romanos lhe declarassem guerras que perduraram
vários anos, terminando com uma carnificina na cidade cartaginesa, que
findou como uma província romana, cujas melhores áreas foram distribu-
ídas como senatoriais.

Essas guerras surtiram forte impacto no estado romano que aca-
bou incorporando valores e costumes semi-orientais, mudando- lhe a
cultura e, conseqüentemente, os aspectos econômicos e sociais: aumen-
to da escravidão de prisioneiros de guerra capturados; desapareção pro-
gressiva do pequeno lavrador dado ao cultivo de trigo barato nas áreas
conquistadas; empobrecimento de lavradores e operários, substituídos
pelo trabalho escravo; o aparecimento de uma classe média composta
de mercadores, usurários e “publicanos”, tendo esses últimos contratos
governamentais para exploração de minas, construção de estradas e co-
brança de impostos; aumento do luxo e da ostentação vulgar, o que fez,
de acordo com BURNS⁷, Roma deixar de ser uma república de peque-
nos fazendeiros para ser a uma nação composta em grande parte de *pa-
rasitas e escravos*.

O imperialismo levou a civilização Romana à derrocada, diante
do crescimento da grande massa urbana, do desenvolvimento da escla-
vidão, da discórdia entre classes, da corrupção política, pelas invasões
bárbaras e do comprometimento de todo o recurso do estado com o apa-
relhamento militar. Do ano 400, prolongando-se ao 800, teve início o
primeiro período da Idade Média e com ele um novo barbarismo. A eco-
nomia voltou a ser de troca direta e ruralismo, vingando o asceticismo
e o desprezo pelo mundo terreno, substituindo as ações sociais normais.
Este período foi de grande miséria; não divergindo o declínio da Itália no

⁷ BURNS, Edward McNall. *História da Civilização ocidental do homem das cavernas até a bomba atômica*. 2. ed. 5ª im-
pressão. Editora Globo. SP. 1948. Disponível em: <[http://minhateca.com.br/euclides.romano/Documents/BIBLIOTECA+III/
Edward+McNall+Burns+-+Hist+c3*b3ria+da+Civiliza*c3*a7*c3*a3o+Occidental+-+Vol-II,773345292.pdf](http://minhateca.com.br/euclides.romano/Documents/BIBLIOTECA+III/Edward+McNall+Burns+-+Hist+c3*b3ria+da+Civiliza*c3*a7*c3*a3o+Occidental+-+Vol-II,773345292.pdf)>. (sem
paginação).

século VI com aquele que ocorreu na França, porém um pouco mais lentamente. Na França se estabeleceram feudos ilegais devido à política dos reis merovíngios e carolíngios que concediam benefícios aos seus oficiais, concedendo-lhes terras expropriadas da Igreja e isenções aos condes. As guerras, o banditismo e a opressão fizeram com que os mais fracos buscassem proteção dos vizinhos mais poderosos, dividindo a população em duas classes distintas: aristocratas proprietários e servos.

Foi a Renascença carolíngia, nos anos 800, que deu um novo fôlego à Europa. Nesse período a população voltou a se interessar pela vida terrena e a modificar o ambiente em que vivia. Aproximaram-se das civilizações bizantinas e sarracenas e se fortaleceram economicamente como resultado das invasões nórdicas e da educação monástica. O comércio cresceu nos séculos XI e XII, tendo seu ápice no século XIII.

A morte de Carlos Magno em 800 desencadeou o fim do governo forte construído na Europa Ocidental, dando origem a novas monarquias nacionais, dentre elas a portuguesa, que teve início na luta para a expulsão dos mouros da península ibérica, denominada guerra da Reconquista. Henrique de Borgonha foi um nobre que se destacou durante a guerra e como recompensa casou com a filha de Afonso VI, Rei de Leão e Castela, recebendo terras do condado português. Em 1139, seu filho Henrique de Borgonha, proclamou-se rei de Portugal, rompendo com Leão e Castela, e mais tarde, outro descendente da dinastia, Afonso Henrique, o Conquistador, fez de Lisboa a capital do país. Quando morreu D. Fernando, último rei da dinastia Borgonha, a coroa portuguesa se viu ameaçada de incorporação pelos soberanos de Leão e Castela. A burguesia, temerosa, então, por seus interesses comerciais evitou a dependência de outra Coroa, aclamando D. João, mestre de Avis, meio-irmão do rei morto, como novo rei. Assim, durante toda a dinastia Avis, os reis favoreceram e apoiaram as atividades burguesas.

No final da Idade Média houve um período de grande transformação na Europa por causa das navegações, que tinham por objetivo encontrar uma nova rota para Índia em busca de especiarias. Foi Portugal quem despontou nesse processo devido à burguesia rica, governo estável, situação de paz e localização geográfica. Neste contexto chegou ao Brasil, colonizando-o dentro da perspectiva mercantilista europeia da época: povoando-o para extrair-lhe riqueza atendendo aos interesses ex-

clusivos da metrópole, com um regime de monopólio, instalando um sistema colonial.

Economia no Brasil

A economia brasileira começou com a empresa agrícola, para o comércio do açúcar, alavancada pelo escravismo que perdurou até metade do século XIX. De acordo com FURTADO⁸, aos colonos que se interessavam em vir para a colônia eram ofertados privilégios, tais como terras para fabricar moenda e engenho de água, isenções de tributos, garantia contra a penhora dos instrumentos de produção, honrarias e títulos. Assim, a imigração já se deu sob a forma calcada na propriedade, não permitindo que os colonos se organizassem em comunidades de auto-produção e auto-consumo.

A expansão da economia açucareira demandava larga mão de obra, sendo sua escassez a maior dificuldade dos colonos, de modo que a captura e o comércio de indígenas foram as primeiras atividades dos grupos, afora as do engenho de açucareiro.

A economia ganhou novo impulso com a escravidão dos negros africanos, o que enriqueceu a colônia açucareira, ficando a renda gerada concentrada nas mãos da classe de proprietários de engenho. O capital empregado na mão de obra escrava era aproximadamente de 20 por cento do capital fixo da empresa, sendo que outra parte estava constituída por equipamentos importados. Ademais, a economia açucareira se vinculava aos demais núcleos de povoamento pela compra de gado e de lenha, resultando em que, no engenho, havia praticamente o mesmo número de bois e de escravos. O custo para manutenção do gado era relativamente baixo de modo que 90 % da renda gerada pela economia açucareira ficava para os proprietários de engenhos e de plantações de cana. Parte dessa renda era despendida em importações e artigos de luxo, principalmente na fase da administração holandesa de Nassau. Estima-se que os gastos de consumo alcançassem 600 mil libras, restando igual soma para os senhores de engenho, a qual não era despendida na colônia, o que dá

⁸ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32. ed. Companhia Editora Nacional, SP, 2005.p. 48.

uma ideia acerca da margem de capitalização do período. De outra banda, parte da renda era despendida com os comerciantes (renda de não residentes), demonstrando a coordenação entre as etapas de produção e comercialização, tendente, naturalmente, à superprodução.

Com a instalação da indústria os proprietários tiveram gastos monetários com importação de equipamentos, materiais de construção e de mão de obra escrava, esta última em menor escala, devido à utilização dos escravos mais habilidosos para os serviços mais especializados. A renda era obtida entre a atividade produtiva e exportação (o que a diferenciava do modelo feudal, que era de atividade interna), sendo a economia de natureza monetária, empenhando-se o empresário em saber como diminuir o custo da produção para aumentar sua renda real.

Diminuindo a procura externa, enfraquecia a economia pelo atrofamento do setor monetário sem representar crise econômica. Desta feita, a economia açucareira do Nordeste passou por três séculos de depressões sem sofrer uma significativa mudança estrutural.

A expansão da economia açucareira resultou na necessidade de animal de tiro para buscar lenha em longas distâncias, acentuando a criação de gado, que, proibida no litoral nordestino por Portugal, vingou no interior e depois no sul do país. Diversamente da economia açucareira a criação de gado necessitava de extensiva ocupação de terra e deslocamentos periódicos dos animais em busca de água e mercados. Isso fez com que houvesse expansão na ocupação de terras, independentemente de procura, sendo um dos principais fatores da ocupação do interior brasileiro, à custa de expropriação de terra indígena e escravização de sua mão de obra. O mercado se expandiu também às custas do colono que, não tendo capital, primeiramente trabalhava como empregado em uma fazenda por um número de anos, tendo direito à participação do rebanho em formação (na proporção de 4x1), com o que poderia começar sua própria criação. Isso fez que a economia criadora se expandisse, não alcançando, porém, a mesma representatividade da açucareira, mas ambas desencadearam uma baixa economia de subsistência no Nordeste.

Neste período de expansão Portugal ocupou toda a costa até a foz do Amazonas. Trezentos açorianos foram trazidos para ao Maranhão, mas não sendo a terra apropriada para o cultivo açucareiro, a população

passou a sobreviver da caça ao índio, o que a levou à bacia amazônica, resultando na exploração florestal.

Com o declínio da economia açucareira, começou a economia de mineração em Minas Gerais, pautada pela lavra incerta e mobilidade de minerados em busca de outras novas, e alta lucratividade. Essa economia alavancou a pecuária do sul, que subsistia até então mais pelo comércio do couro do que pelo corte, que valia mais nas regiões açucareiras. A expansão mineradora demandou do sul mais gado de corte e também muares para o transporte, sendo o Rio Grande do Sul seu exponencial. Desta forma a economia mineira articulou diferentes regiões do sul do país.

A exportação de ouro cresceu em toda a primeira metade do século, declinando por volta de 1780. A mineração absorvia amplos recursos no estágio inicial impedindo a instalação de um mercado manufatureiro; que, aliás, também não interessava à Portugal que chegou a editar um Decreto proibindo qualquer atividade manufatureira na colônia. Esta só se desenvolveu no Brasil a partir do desenvolvimento manufatureiro de Portugal, e ainda com um certo atraso, porque o ouro propiciava o crescimento endógeno da colônia. O ouro brasileiro junto aos demais produzidos no mundo eram recebidos pela Inglaterra como forma de quitação às exportações, o que fez de Londres o Centro financeiro da Europa.

O declínio do mercado minerador levou a população a uma economia de subsistência, atrofiando a economia monetária. O povoamento feito num sistema de alta produtividade e escassa mão de obra decaiu para uma condição de população desarticulada, trabalhando com baixa produtividade em agricultura de subsistência. Também o mercado açucareiro retrocedeu por um período (voltando a crescer após uma crise no Haiti), de modo que o único que se manteve e até se expandiu foi o de extração florestal, da colônia maranhense.

Nota-se, entretanto, que nunca houve um grande comerciante na colônia, dado ao monopólio da metrópole, de modo que sua maior expressão eram os grandes senhores agrícolas, classe que ocuparia o poder por ocasião da independência.

No século XIX, entre 30 e 40 o Brasil viveu um período de inúmeras revoltas e guerras civis e foi nesse contexto que apareceu o café como fonte de riqueza do país, marcando o fim do período colonial.

Neste período houve conflitos entre os dirigentes da agricultura brasileira e a Inglaterra, advindos do Tratado assinado entre ambos em 1810, que, com o intuito de instituir o sistema liberal, criou um sistema de privilégios, aplicado unilateralmente em favor desta. Outros foram motivados pelo fato de a Inglaterra, por razões morais e também econômicas tentar, inutilmente, eliminar a importação de escravos, uma vez que a escravatura aumentava a depressão no mercado açucareiro.

Nesse período, enquanto nos Estados Unidos o discípulo de Adam Smith, Alexander Hamilton lutava pela industrialização, no Brasil, outro discípulo, o Visconde de Cairu, na crença da mão invisível seguia o mantra *deixai fazer, deixai passar, deixai vender*.

A industrialização brasileira demorou a acontecer, tanto porque a principal economia era agrícola escravista, como também porque Inglaterra dificultava enormemente a exportação de maquinário. Com o declínio da exportação agrícola o país retrocedeu, recaindo na economia de subsistência.

A revolução industrial ingressou tímida no Brasil, na forma de bens e serviços sem afetar a estrutura do sistema produtivo, muito embora se estancasse a mão de obra africana sem uma alternativa para a substituição. Entretanto, se não havia alternativa para mão de obra, houve para a exportação: o café, cujo cultivo ainda se valia do escravismo. Mas, segundo FURTADO⁹, diversamente da economia pecuarista, a cafeeira era formada por homens com experiência comercial; adquiriam terras, recrutavam mão de obra, organizavam e dirigiam a produção, transporte e comercialização do produto nos portos, realizavam contatos oficiais e interferiam na política financeira e econômica.

Até a metade do século XIX o Brasil tinha um milhão de escravos, com alta taxa de mortalidade devido à precariedade de condições e má alimentação. A economia algodoeira nordestina estava em declínio e junto da açucareira, um pouco mais estável, perdia mão de obra escrava para o sul. A diminuição da importação de escravos e a consequente intensificação da utilização do trabalho dos disponíveis precarizava ainda mais a população escrava, demandando a busca de nova mão de obra. Nessa fase, enquanto a Europa ingressava na industrialização, o Brasil se

⁹ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32ª ed. Companhia Editora Nacional, SP, 2005p. 118.

expandia na utilização da terra para a economia de subsistência, contando com a pecuária e agricultura com técnica rudimentar. Os trabalhadores na roça normalmente estavam atrelados a grupos econômicos maiores – como o dos pecuaristas – que eram donos das terras onde produziam. Para os pecuaristas o mais importante era ter muitos indivíduos ou famílias trabalhando em suas terras para dispor de mão de obra quando necessitasse e para qualquer fim. De outro lado, crescia a massa urbana sem ocupação permanente, que também não se habituava à disciplina do trabalho agrícola e às condições de vida em fazendas. A solução foi fomentar a imigração europeia. As colônias criadas no país pelo governo imperial recebiam auxílio no transporte, para os custos de instalação e os colonos eram empregados em obras públicas que, criadas para tal fim, se protraíam no tempo, com custos elevados. Quando finalizavam, as colônias eram entregues à própria sorte, e não havendo mercado para o excedente de produção definhavam. Como o programa de imigração governamental não vingou, os cafeicultores passaram a importar mão de obra europeia diretamente com financiamento do governo. O sistema de financiamento logo redundou em servidão temporária, sem limite temporal. E, segundo FURTADO¹⁰: *O Estado financiava a operação, o colono hipotecava o seu futuro e o de sua família, e o fazendeiro ficava com todas as vantagens*. Os colonos vivam isolados e o fazendeiro se constituía como única fonte do poder político. Isto fez com que, num primeiro momento, os colonos arcassem com os custos de viagem, produzissem e participassem com 50% da colheita, sem garantias em caso de perda da mesma. Nos anos 60 os colonos passaram a receber um salário anual e em 1780 o governo passou a responsabilizar-se pelos custos de transporte e instalação, alavancando a imigração.

Na segunda metade do século XIX terminou a escravidão com graves consequências sociais. Os escravos liberados apresentavam grandes dificuldades para sobreviver, pois a agricultura de subsistência se expandia obrigando a migração demográfica para regiões semi-áridas do agreste e da caatinga e os centros urbanos já apresentavam excedente populacional. Na economia açucareira a migração se dava entre engenhos o que facilitava a contratação de ex-escravos a salários

¹⁰ FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32. ed. Companhia Editora Nacional, SP, 2005p, p. 128.

baixíssimos, dificultando mudança na forma de produção do trabalho. Na cafeeira, a situação foi um pouco diferente: houve possibilidade de economia de subsistência e absorção de mão de obra, muito embora, às vezes, sendo preterida pela dos imigrantes, mais especializada. Para os contratados, no entanto, houve elevação da margem salarial e um diverso fenômeno social: a melhoria do salário levou ao ócio. Os ex-escravos, por sua formação social, não estavam habituados a relações familiares estruturadas, o que comprometia o aspecto cognitivo e o seu desenvolvimento mental, não os capacitando para responder estímulos econômicos, mas tão somente à supressão de necessidades. Assim, se o que ganhavam em três dias de trabalho bastasse para o restante da semana, não mais trabalhavam, largando-se ao ócio e por vezes à bebida, fazendo uma reprodução *de habitus* que os levou à marginalização social que até hoje subsiste.

A abolição foi uma medida mais política do que econômica, de modo que o Brasil nessa segunda metade do século XIX alcançou grande desenvolvimento, impulsionado pela economia açucareira e algodoeira no nordeste, de subsistência do sul e da cafeeira no sudeste. O desenvolvimento se deu pelo aumento do preço da exportação e diminuição do preço de importação, e aplicação de salários médios para a classe assalariada que já vinha se formando nos períodos anteriores.

Na primeira metade do século XX o centro da economia é o mercado interno. Aumentam as inversões no setor industrial – concomitantemente em toda as regiões do país – com a busca de equipamentos mecânicos e de tecnologia complexa advinda de intercâmbio externo, para num segundo momento, se concentrarem em São Paulo.

Durante a Primeira Guerra Mundial até 1929 foi alavancado o crescimento devido ao aumento das importações. No terceiro quartel do século XX diminui a importância do setor externo no processo de capitalização, devendo as indústrias de bens e capital – principalmente de equipamentos – crescer mais do que as do setor industrial, num capitalismo concorrencial que resistiu até 1950, aproximadamente.

A partir de então, segundo FERNANDES¹¹, o capitalismo se orientou para a forma monopolista reorganizando o mercado e o sistema de

¹¹ FERNANDES. Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de Interpretação sociológica. 5. ed. 2ª impressão. Editora Globo. SP. 2006 p. 264.

produção mediante operações comerciais, financeiras e industriais de “da grande corporação”¹², estrangeira, estatal ou mista.

No governo de Juscelino Kubitschek as grandes corporações só conquistaram espaços econômicos limitados, devido ao pensamento neocolonial das elites brasileiras, mas ganharam sua expansão com a ajuda dos governos militares pós 64, na chamada modernização institucional.

O capitalismo monopolista, de acordo com FERNANDES¹³, cria pressões enormes sobre a organização, funcionamento e desenvolvimento das economias periféricas, como a do Brasil, porém, seu ponto estratégico está nas economias centrais, atendendo às suas necessidades através de matéria-prima, capacidade de consumo ou de produção, comércio externo, recursos humanos, excedente econômico. Isso faz com que cresça a oferta de emprego, inclusive com melhores salários, porém restritos a uma pequena camada da população, já que o trabalho é racionalizado, informatizado, automatizado e o uso de capital incrementado. No entanto, ainda em FERNANDES¹⁴, é toda a população que paga o preço da pressão externa: aumento de preços, escassez de utilidades, desorganização do comércio, tanto pelos intermediários com pelos produtores, controles econômicos ineficazes posto que atrelados à decisão do comprador, inflação e criação de práticas financeiras exclusivistas. É o comércio externo que marca o compasso do excedente econômico e de todas as formações econômicas vivas, aumentando a desigualdade no desenvolvimento periférico, fomentando um mercado de consumidores de luxo e de médios e grandes investidores, com direta interferência no social, no econômico e na política.

O monopolismo desencadeia um imperialismo total, conquistando economias, sociedades, num processo de *unidimensionalização do ser humano*, no dizer de COELHO¹⁵, que amolda seu comportamento a padrões heterônomos e funda culturas hospedeiras.

¹² Segundo Fernandes, são agentes econômicos que operam “diretamente por meio de filiais, ou mediante concessionárias” 14, explorando “a produção e fornecimento de energia elétrica; operação de serviços públicos, exportação de produtos agrícolas e derivados”.

¹³ FERNANDES. Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de Interpretação sociológica. 5. ed. 2ª impressão. Editora Globo. SP. 2006 p. 316.

¹⁴ FERNANDES. Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de Interpretação sociológica. 5. ed. 2ª impressão. Editora Globo. SP. 2006 p. 317

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Transmodernidade, direito, utopia. 2. ed. 3ª reimpressão. Juruá Editora. Curitiba. 2017, p. 40

Crítica ao capitalismo

Aquele que maneja o excedente detém o poder econômico e também o político, cultural e policial sobre os demais, criando uma hegemonia que sabota qualquer possibilidade de transformação social. O excedente é produzido no trabalho objetivado do indivíduo trabalhador que transforma natureza em produto, que numa relação de troca se faz mercadoria. A troca é desigual diante da mais valia produzida em favor do proprietário dos meios de produção.

A mais valia acaba por ser capital produzido “a partir do nada”, na avaliação de Dussel¹⁶, pois o capital gerado não paga, pelo salário, a atividade criadora advinda da subjetividade do trabalhador (trabalho vivo) mas tão somente sua força de trabalho objetivada na relação de troca. A mais valia valoriza a quantidade de tempo para o trabalhador produzir o trabalho, porém numa quantidade maior do que o realmente necessário, e este tempo “a mais” (sobretaxa) resta impago, configurando o excedente do empregador. A lógica capitalista reduz o tempo de trabalho necessário e aumenta o excedente, que vem a constituir a base de distribuição de rendimento e acúmulo de capital. Assim, o trabalho produtivo não se restringe a produzir mercadorias mas, sim e essencialmente, a produzir mais valia. Para alcançar seu objetivo final, que é o aumento da taxa de mais valia, o capitalista aumenta a produtividade investindo na ciência e na técnica, em avanços tecnológicos, maquinários e equipamentos de ponta, na melhor organização e produção do trabalho, anulando a subjetividade do trabalhador. Essa é disparidade contratual que o capitalismo oculta, porque confunde lucro com mais valia. O produto do processo de trabalho (que soma valor do salário e dos meios de produção) é colocado no mercado, mediante um preço expresso em dinheiro, de modo que é vendido por um valor maior do que aquele inicialmente gasto. Esse dinheiro que se sobrepõe ao valor inicial é o lucro. Porém o que o lucro esconde é a mais valia, o fundamento oculto no nível da produção, o trabalho vivo objetivado impago.

O capital é a valorização do valor que circula entre todas as determinações (seus portadores), de modo que assegura a seu proprietário sua permanência no tempo. Ele é sujeito único da apropriação das determi-

¹⁶ DUSSEL, Enrique, *16 tesis de economía política*. Interpretación filosófica, Siglo XXI Editores, México, 2014 p. 8.

nações representadas pelo dinheiro, meios de produção, trabalho vivo, produto e “n” valor”. Assim, é proprietário do capital que contém em si uma alienação essencial: a do trabalho vivo, apropriado como uma coisa a ser paga pelo valor do trabalho, quando na verdade, o que pode ser medido em valor é somente a força do trabalho, e que ainda assim não poderia ser possuída por outra pessoa senão pelo próprio trabalhador. Assim, todas as determinações se convertem em possibilidades ou mediações de um único proprietário, de um sujeito de poder que se apropria dos excedentes, seja ele o proprietário de uma empresa, um dominador, um monarca, um Estado, uma Nação.

O capital é, por fim, a circulação ontológica – do capital industrial, comercial ou financeiro – como totalidade, unidade que se dá por ramos, nações ou mundialmente. Sendo assim, cria mercado não só de produtores, mas principalmente de consumidores, gerando dependência, que pode resultar em competição entre capitais ou subsunção a um monopólio, (de matéria prima, por exemplo, que lhe fixa preço), que, detido por uma só Nação, resulta em Imperialismo.

A economia capitalista iguala preço a valor, numa identidade puramente formal, autorreferente, tal como no capitalismo neoliberal; não compreendendo que trabalho é consumido e não pago, perpetuando a injustiça.

Em busca de crescimento, de desenvolvimento e para aumentar o lucro já alcançado, o capital diminui o valor das mercadorias, diminui o tempo de produção e aumenta a mais valia (excedente da produção). A fim de aumentar as taxas de lucro o capital compete consigo mesmo (aumentando a produtividade graças a técnicas nos meios de produção) e também com outros capitais. Quanto menor a composição orgânica (aparelhamento tecnológico) de um capital, menos competitivo é, pois o capital com maior composição orgânica terá uma mercadoria de menor valor, estabelecendo vantagem sobre os demais. Esse é o ingrediente basilar no fenômeno da globalização,

A concorrência entre capitais estabelece uma dominação de um capitalista sobre outro, que não cria mais valia, mas se apropria da mais valia já criada pelos trabalhadores do capitalista “menor”, num processo de expropriação de capitalistas menores. Conseguindo reduzir o valor das mercadorias a um preço menor que o social médio, aniquila os demais

capitalistas. De sua parte, os capitais menos desenvolvidos buscarão a recuperação da mais valia transferida sobre-explorando o trabalhador. Esta é a receita das transnacionais que acabam por se tornar verdadeiros monopólios, estabelecendo o capitalismo como um sistema econômico em que países mais adiantados colonizam os demais (dependentes). E, ainda que se deixe a tradicional competição de lado, forma uma nova, entre capitais conglomerados e potências capitalistas.

De todos esses capitais, o mais expropriatório é o financeiro dos países centrais e sua forma mais extorsiva se dá com relação à quebra de bancos de países periféricos, quando recomendam sua salvação mediante empréstimos, cujo pagamento é realizado pela população de tais países através do aumento de impostos e com a diminuição de investimento em desenvolvimento e serviços sociais. Também a privatização de bancos nacionais periféricos a indústria da guerra são formas amplamente utilizadas para a transferência de recursos e obtenção de lucro para o capital central.

O comércio de armas aumenta o capital mundial graças ao aumento da violência e à diminuição da vida no mundo, numa completa inversão ontológica.

Marx se contrapôs o modelo capitalista postulando pela realização de um trabalho vivo, por indivíduos livres, com meios comunitários, constituindo-se como uma forma de redenção ao trabalho escravo e a todo tipo de dominação. Entretanto, mesmo a planificação estatal da economia, solução do socialismo real do século XX, não era equivalencial, posto que o excedente da produção não era gerido pelas mãos que o produzia, mas sim pelo Estado. E, diante do modo como foi implantado, fracassou.

O que se busca, então, é a superação do capitalismo e também do socialismo real, para um novo modelo de economia cujos postulados ponham limite aos desejos desenfreados e patológicos criados pelo capitalismo e que levam, no dizer de Dussel¹⁷, ao suicídio ecológico coletivo.

Um pressuposto para o transc capitalismo seria o do desenvolvimento de uma economia que se comporte como um subsistema de uma nova ciência: a ecológica, deixando de ser uma economia de reprodução, desenvolvimento e acumulação de capital para uma economia de produção, reprodução e crescimento qualitativo da vida.

¹⁷ DUSSEL, Enrique. *16 tesis de economía política*. Interpretación filosófica, Siglo XXI Editores, México, 2014 p. 136.

Considerações finais

A natureza transformada em produto pelo ser vivente está esgotando e poderá acabar com a vida humana na terra. Postula-se por uma ecologia que sane a relação da subjetividade do vivente com sua exterioridade – social, animal, vegetal, cósmica – que está implodindo a humanidade sob modelos midiáticos massificantes. Isso poderá ser possível através de uma articulação ético política entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana), denominada por Guattari¹⁸ de ecosofia!!!

É sobre a vida no planeta que se trata. A densidade demográfica e a aceleração das mutações técnico-científicas levarão às forças produtivas a maximizarem o tempo disponível do indivíduo, o que por um lado poderá levar ao um despertar criativo, mas por outro, e mais provável, dado ao desenvolvimento civilizatório, desencadear o desemprego, a marginalização, o ócio, e o mal estar já antevisto em Freud.

É necessária uma revolução política, social e cultural que reoriente os objetivos da produção de bens materiais e imateriais, hoje assentados no lucro e nas relações de poder, com base não apenas nas relações de força visíveis, mas nos domínios da sensibilidade, da inteligência e do desejo. Um paradigma ecosófico que oriente a recomposição da práxis nesses diversos domínios, atenta aos dispositivos de produção de subjetividade, orientados para a ressingularização individual e coletiva.

A ecosofia social tratará da recomposição do ser em grupo, para além dos campos comunicacionais, mas do existencial, voltado às práticas de experimentações nos níveis micro e macrosociais, de construção de territórios existenciais singulares e coletivos, atenuando o vazio deixado pela exacerbação da produção de bens materiais e imateriais. Práxis de contexto existencial, interseccional, que rompa com pretextos sistêmicos hierarquizados (aliás, como faz o próprio capitalismo monopolista, que atua num bloco produtivo-econômico-subjetivo, estruturalmente desierarquizado).

A ecosofia mental estimulará à singularização do indivíduo no exercício da alteridade para que fique imune à uniformização midiática,

¹⁸ GUATTARI, Félix. *As três Ecologias*. 11. ed. Editora Papirus, Campinas - SP 2001 (2001).

telemática, às manipulações publicitárias, à opinião pública, das quais se utiliza o Capitalismo monopolista, estabelecendo uma nova relação com seu corpo, com os “fantasmas”¹⁹ e com a finitude. Uma reorientação do inconsciente de suas fixações arcaicas para um engajamento de projeção no futuro, resgatando campos de virtualidade futuristas e construtivistas. E que no campo estético incentive sempre a invenção do novo, a partir do zero, rompendo paradigmas acadêmicos e dogmáticos, fazendo que o sujeito evolua, inove, inaugure aberturas prospectivas, reinventando-se continuamente.

As relações do *socius* com a natureza também demandam maior responsabilidade e engajamento, apontando no sentido de gestão coletiva para reorientação da ciência e da técnica a finalidades mais humanas, recompondo objetivos e métodos às condições atuais, sem almejar um impossível resgate de um estado anterior às revoluções industriais, informáticas, robóticas pelas quais passou a humanidade. Mas é preciso mudar a lógica das comunicações autorreferentes entre falantes, para uma lógica de intensidade, eco-lógica, que leve em conta os movimentos e a intensidade de processos evolutivos, num processo de se constituir, de se definir, de se desterritorializar²⁰, de “se-por-a-ser”.

O capitalismo monopolista estende seu poder, não mais e apenas sobre as relações de produção, mas sobre as estruturas produtoras de subjetividade, através da mídia, publicidade, sondagem. Assim a subjetividade capitalística gera (territorializa) o mundo da infância, do amor, da arte, da loucura, da dor e da morte, através de seus agregados subjetivo ligados à *raça*, à *nação*, ao *corpo profissional*, à *competição esportiva*, à *virilidade dominadora*, à *star da mídia*²¹. A subjetividade capitalística cria vontade de poder e de desfrute imediato, o que resulta em dominação e hierarquia entre raças, classes, gêneros e idades.

Diante dessa construção de subjetividade pelo capital, a ecologia ambiental, segundo GUATTARI²², deve deslocar a centralidade da luta

¹⁹ O termo Frances “fantasme” (fantasma) indica determinada formação imaginária e não o mundo das fantasias, a atividade imaginativa em geral. O fantasma ou fantasia faz parte da realidade psíquica do sujeito e não da realidade compartilhada.... Lacan salienta que o fantasma é o suporte do desejo. Disponível em: <http://www.movimentopsicanalitico.com.br/publicacoes.php?id_pub=15&id=2>.

²⁰ Território: Metáfora utilizada por Foucault para definir o campo da psicanálise para construção do saber.

²¹ GUATTARI, Félix. *As três Ecologias*. 11. ed. Editora Papirus, Campinas - SP. 2001, p. 34.

²² GUATTARI, Félix. *As três Ecologias*. 11. ed. Editora Papirus, Campinas - SP. 2001, p. 36.

de classe para evidenciar a articulação entre as três ecologias, “pondo em causa” todo o conjunto de subjetividades e das formações do poder capitalista. Afinal a responsabilidade do humano com a natureza não é dissociada de sua relação com os demais, estando diretamente ligada a comportamentos individuais e sociais. É preciso mudar a mentalidade do humano para um estilo de vida que priorize a solidariedade, o compartilhamento, a alteridade, o dissenso e o consenso, numa desconstrução da subjetivação capitalística, para possibilitar uma nova singularização.

Uma atualização da subjetividade – voltada a singularização individual e coletiva – pode ressignificar o trabalho e às demais atividades humanas com critérios diversos daqueles voltados ao rendimento e do lucro, mobilizando grupos de indivíduos e segmentos sociais à criação de novos territórios existenciais. Caso contrário, outros empreendimentos, nacionalistas reacionários e avessos à inovação, vão continuar a assumi-los.

Ressignificações demandam a criação de novos sistemas de valores, diversos do capitalista que homogeneiza todos num sistema de retribuição e reconhecimento voltados aos dígitos. Um exemplo é o índice de Felicidade Interna Bruta, criado no Butão, em contrapartida ao índice de riqueza material, que desfetichiza o capital, recolocando o fundante em primazia ao fundado, num processo de reorientação valorativa subjetiva individual e coletiva, diante da garantia aos direitos sociais. Outro é o da Universidade de Pés Descalços, criada pelo educador Bunker Roy, na região do Rajastão, na Índia, onde ensina, mulheres e homens de comunidades rurais (muitos deles analfabetos), a se tornar artesãos, engenheiros de energia solar, dentistas e médicos em seus próprios povoados. Na perspectiva ambiental, surgem movimentos que tanto preservam a biosfera para proteção da vida humana, como para a proteção de todos os tipos de vida, como os veganos, e ainda outros, que, desfocados do paradigma sustentável antropocêntrico, preservam e implementam a vida da Terra.

São necessários mais e novos sistemas que permitam, diante de deliberação coletiva, a criação de empreendimentos mais singulares, dissensuais (entre modos de ser), não regidos pelo tempo de trabalho abstrato nem pelo lucro capitalista, mas que possam vir a estar em alta em novas Bolsas de Valores.

Referências bibliográficas

ATLAS VIRTUAL DA PRÉ-HISTÓRIA. *Evolução Humana - Paleoantropologia - Homens das cavernas*. Disponível em: www.avph.com.br/homens.htm

BURNS, Edward McNall. *História da Civilização ocidental do homem das cavernas até a bomba atômica*. 2. ed., 5ª impressão. Editora Globo. SP. 1948. Disponível em: <http://minhateca.com.br/euclides.romano/Documentos/BIBLIOTECA+III/Edward+McNall+Burns+-+Hist*ria+da+Civiliza*Ocidental+-+Vol-II,773345292.pdf> (sem paginação).

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Transmodernidade, direito, utopia. 2., ed. 3ª reimpressão. Juruá Editora. Curitiba. 2017.

DUSSEL, Enrique, *16 tesis de economía política*. Interpretación filosófica, Siglo XXI Editores, México, 2014.

DUSSEL, Enrique. *Paulo de Tarso na filosofia política atual e outros ensaios*. Ed. Paulus. SP. 2016.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de interpretação sociológica. 5. ed., 2ª impressão. Editora Globo. SP. 2006.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32. ed. Companhia Editora nacional, SP, 2005.

GUATTARI, Félix. *As três Ecologias*. 11. ed. Editora Papyrus, Campinas-SP. 2001.

MOURTHÉ, Arnaldo. *História e Colapso da Civilização: É melhor o incômodo da advertência que a tragédia da ignorância*. Editora Mourthé, Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=C0aaCwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false> (sem paginação).

NOVAES, Adauto. *Org. Utópico – o novo espírito*. Artepensamento. Rio de Janeiro. 2015.

OFÍCIO DA HISTÓRIA: *O Mercantilismo e a Colonização da América*. Disponível em: <<http://oficiodahistoria.blogspot.com.br/2008/11/o-mercantilismo-e-colonizacao-da-amrica.html>> .

SÓ HISTÓRIA. *Transformações no período medieval – a monarquia portuguesa*. Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/centralizacaopoder/p3.php>> .

SOUZA, Jessé. *A tolice da Inteligência brasileira ou como o país se deixa manipular pela elite*. Leya. SP. 2015.

André Peixoto de Souza - Doutor em Direito do Estado pela UFPR (2010) e Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP (2011). Mestre em Direito do Estado pela UFPR (2003), Especialista em Direito Tributário pelo IBEJ (1999). Coordenador do Curso de Direito da UFPR. Professor pesquisador do Mestrado em Direito da UNINTER. Professor de Economia Política nas Faculdades de Direito da UFPR, UNINTER e UTP. Professor de Filosofia e História do Direito na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Líder do Grupo de Pesquisa “Direito, História e Poder Judiciário” e pesquisador da Linha “Teoria e História da Jurisdição” do curso de Direito da UNINTER. Colunista do “Canal Ciências Criminais”. Advogado. Vínculo: Professor pesquisador do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER - Telefone: (41) 988296318. E-mail: andre.s@uninter.com

Marilis de Castro Muller - Advogada pós-graduada pelo Centro Universitário de Curitiba e especializada pela UNIBRASIL - APEJ, em Direito Material e Processual do Trabalho, mestranda pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, na área de concentração Poder, Estado e Jurisdição, linha de pesquisa: Teoria e História da Jurisdição. Vínculo: Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER. TELEFONES: (41) 3503-4599 (41) 99917-1137. E-mail: marilis_adv@yahoo.com.br

Agamben – (im)potentiality of law and politics

VANJA GRUJIC

Abstract: Placed between constituting and constituted power, *homo sacer* reveals the state of exception, which through sovereign ban, is kept both inside and outside the law. Agamben's latest political and legal philosophy is based upon this concept. As the victim of sovereignty, *homo sacer* unfolds the paradox of sovereign power, criticizing its fundamentals and showing the emptiness of law. However, for potentiality which is at the centre of Agamben's argument, we need to look not only outside sovereignty and sovereign power, but also outside *homo sacer*. This article aims to examine such space, arguing that through absolute potentiality, the fulfilment of law is possible with the content to be focused on reaching conditions of justice and happy life.

Keywords: *Homo sacer*. Potentiality. State of exception. Happy life.

Agamben - (Im)potencialidade do direito e da política

Resumo: Posicionado entre os poderes constituinte e constituído, *homo sacer* revela o estado de exceção, que por decisão soberana é mantido dentro e fora do ordenamento jurídico. Os últimos escritos políticos e filosóficos de Agamben são baseados neste conceito. Como vítima da soberania, *homo sacer* revela o paradoxo do poder soberano, criticando seus fundamentos e mostrando o vazio do direito. Contudo, para compreender a ideia de potencialidade — ideia central no pensamento do autor — nós temos que olhar não somente para fora da soberania e do poder soberano, mas também para fora do *homo sacer*. Esse artigo pretende investigar esse espaço, no qual a potencialidade torna possível a efetivação do direito, cujo conteúdo visa atingir condições de justiça e felicidade.

Palavras-chave: *Homo sacer*. Potencialidade. Estado de exceção. Felicidade.

Introduction

At the opening of the third chapter of his *Collected Essays in Philosophy*, Agamben writes: “I could state the subject of my work as an attempt to understand the meaning of the verb ‘can’ [*potere*]. What do I

mean when I say: ‘I can, I cannot?’¹ To have potentiality to-be, to-do and to act in a certain manner is inseparable with the potentiality to not-be and to not-do, and this potentiality is proper to human beings. Even though in *Homo sacer* (*HS*) the concept of potentiality is not in its centre, in my opinion, potentiality remains crucial for understanding the possibility of “pure law”. On his way of understanding potentiality, Agamben moves slowly from Aristotle’s writing tablet towards whatever particularity where Leibniz’s God seems to understand very well Bartleby, a legal scribe, who has stopped writing; finally, reaching to his angel, Gabriel, with the black wing that balances the right of the actual world to not-be, with the right to-be for all other impossible worlds. Therefore, the story of potentiality is the story of the actual and non-existing worlds, of the Being and non-Being, of the abyss of potentiality where what that has not happened has the right to exist. On this road filled with gods, scribes, pens and angels, we can find the glimpses of possible worlds that exist in their impotentiality, hidden in the labyrinth of the Palace of Destiny. Also, of another freedom built both upon its possibility and impossibility, where contingent is possible when its impossibility is allowed access to actuality. Finally, of a coming community and a new man, a different human being that asks for a liberation from the “oldness of the letter”, in other words, a different human being asks for a new Law and new rationality.

Another central notion for this philosopher is life, being what finally keeps *homos sacer* as an exception inside of the biopolitical argument is the differentiation between *zoe* and *bios*. Only *bios* can be considered as the base of the new politics. Following Derrida’s critique, I tend to show that this distinction is at least not absolutely justified, as Agamben presents it. Problems of ancient and modern, the first and thresholds that Derrida tracks in *HS*, are connected to the exception that Agamben does not know how to cope with – *zoon politikon*. However, by consulting Agamben’s writings about potentiality, the impotentiality of *homo sacer* in reaching happy life becomes the place where we can criticize sovereignty. In other words, the potentiality of law is preserved in *homo sacer*. He or she is the victim of sovereignty, placed in the space between constituting and constituted power. However, sovereignty – that secures the

¹ Agamben, *Potentialities: Collected Essays in Philosophy (Potentialities)*, p. 177.

state of exception – is not capable of reaching its pure potentiality. Potentiality of freedom and human politics is possible only when we abandon sovereignty. Only in this light, we must understand the chapter “Law as potentiality” in *HS*.

Finally, Agamben focuses also on the state of exception, the limit between law and politics, where Carl Schmitt engrained his reflexions about sovereignty. A limit, a threshold that Derrida criticizes on so many fronts. Another task of this article is to show that the state of exception [*Ausnahmezustand*] in Agamben’s political and legal theory is closely connected to his theory of potentiality. Contrary to Carl Schmitt, whose thinking about *Ausnahmezustand* is led towards radicalization of sovereignty, Agamben wants to radicalize law and politics. Albeit he is following Schmitt’s definition of the state of exception, placing *homo sacer* between political and legal, it is precisely on the lines of its impotentiality where we can start drawing a form of the new law. Finally, the new law is actually not new at all if it is not seen differently, filled with another meaning, and given another use, a use that follows the idea of happy life and justice.

My work starts on such grounding by examining the concept of potentiality as understood by Agamben. From potentiality, I move towards the concept of happy life that allows Agamben to radicalize a bare life as the carrier of modern politics where we are mired. Afterwards, *homo sacer* can be observed as an exception that reveals the emptiness of law, which is in force without meaning. Only by announcing this characteristic of law, we can abandon it, in order to give it a new use and meaning. Therefore, the last part of this work will reflect upon the possibility of fulfilment of law and politics, and finally, in the conclusion, this work will approach Agamben’s early ideas, which claim that playing with law stands out as a possibility for the coming community.

Understanding potentiality

Agamben’s understanding of potentiality corresponds to Aristotle’s *dynamis*, which does not only mean potential to do something, but also potentiality to not-do, in other words – not to pass potentiality into real-

ity. Aristotle's "the potentiality to not-be" [*dynamis me einai*] is the engine of the passage from potentiality to act, from common to particular. Likewise, Aristotelian philosophy shows us how intellect has the potentiality for thought, but before thinking, it is the absolute nothingness, and it is in this nothingness where Agamben finds the pure potentiality. Even though this ancient Greek philosopher is at the beginning of his thinking about potentiality, Agamben's openness for the possibility of incorporating the impotentiality, which never happened into our modern understanding of the world, goes far beyond Aristotelian understanding of potentiality.

When reflecting upon language, Agamben notes that any general notion "while remaining unthought, is nothing other than the *factum loquendi*, the pure existence of language grasped as a universal linguistic essence".² The pure linguistic act is therefore always outside of the discourse and it is not determined by it, and, indeed, it has the freedom from it. The "forgotten", the "unspeakable", the unthought, all of them depend solely on the voice; and Agamben is driven by their force since his early works, such as *Idea of Prose* or *Infancy and History: Essays on the Destruction of Experience*. The passage from potentiality to act is similar to the passage from the pure language to discourse that enables us to distinguish the pure from other potentiality, or the potentiality to not-be from the potentiality to be. In the case of the latter, potentiality is focused on a certain act and on a certain activity that has to be done for "being-in-act." On the other hand, the potentiality to not-be is not centred on the transition "*de potentia ad actum*". "It is, in other words, a potentiality that has as its object potentiality itself, a *potential potentiae*".³ In its power to not-think, to be nothingness, thought can reflect on itself and think itself in its speculation, representing the pure, divine potentiality. In this way, human intellect does not belong to reality, but to potentiality that is never fully grasped in its own experience of to be and to do.

To illustrate this better, Agamben observes the relation between thought and the act of writing thoughts, using Aristotle's example of empty writing tablet that represents the potentiality of intellect. This writing tablet can be filled with the written symbols, but it can also be empty, and still continue to be potential. From the further reflection upon what we

² Agamben, *Potentialities*, p. 73.

³ Agamben, *The coming community*, p. 35-6.

can call *tabula rasa* (that Agamben prefers to call *rasura tabulae* where the thin layers of wax represent *rasum tabulae*,⁴ the intellect itself), the act of writing can be seen as the act of intelligence. Accordingly, in Arabic tradition, the creation of the world is always linked to the writing, and the one who makes the passage from potentiality to act possible is the angel who is called *Qalam*, which means pen.

Therefore, human potentiality is defined in its relation with its own impotentiality [*adynamia*], and the essence of potentiality is in its relation to this impotence. Other living beings are capable only of their specific potentiality; they can only do this or that. On the other hand, human beings are the animals who are capable of their own impotentiality. "The greatness of human potentiality is measured by the abyss of human impotentiality".⁵ Being capable for impotentiality, according to Agamben, is not limited to an awareness of the potentiality to not-do or to not-be, which disappears once the potentiality to be or to do becomes actualised, realised in reality. On the contrary, the preservation of the concept of human potentiality, as defined above, means that both potentiality and impotentiality pass fully to actuality when an act is done, and are both preserved in the act *per se*.

Bartleby's fundamental passivity

In the act of preserving the impotentiality, the potentiality "gives itself to itself", setting aside its impotentiality in order to allow an act to happen. Correspondingly, *dynamis* (potentiality), through its connection with *adynamia* (impotentiality), always welcomes a non-Being, and this welcoming (which is potentiality) is what Agamben calls "fundamental passivity".⁶ Welcoming, because it allows a relation between Being and non-Being, defined by the ontology of potentiality according to which every human potentiality depends on its privation. Agamben finds this relation in the scribe who prefers not to write. By letting his impotentiality into actuality, Bartleby becomes "absolute figure of Nothing from which all creation derives; and at the same time, he constitutes the most impla-

⁴ See Agamben, *Potentialities*, p. 245; or in Agamben, *The coming community*, p. 37.

⁵ Agamben, *Potentialities*, p. 182.

⁶ *Ibid.*, p. 182.

cable vindication of this Nothing as pure, absolute potentiality”.⁷ In other words, in his dwelling into the abyss of potentiality, Bartleby opens the door to non-Being into actuality, jumping over borders of *ratio* that promises the supremacy of Being over non-Being. That is why Bartleby is not only a God of the pure potentiality, but also an angel, a herald of such potentiality that finally guides Agamben through the labyrinth of human *potentia*. There is no rationality that can be used to explain Bartleby’s acts. His example is, according to Agamben, above both nihilism and positivism, and it announces the potentiality to “experience the impotent possibility that exceeds both [Being and Nothing]”.⁸ Therefore, Bartleby shows us how the relation between Being and non-Being does not have to correspond to the opposite meanings given by language. It represents the Being of potentiality that is liberated from all rationality, whatever Being, and “[t]he being that is properly whatever is able to not-be; it is capable of its own impotence”.⁹

In the same abyss of potentiality, we can also search for freedom that does not only stand for the potentiality of the free will, but is capable of reaching its own impotentiality where it can welcome its non-Being. Experience of freedom is the experience of impotentiality, of ability to experience its own incapacities; and only through its powerlessness, freedom can become Being itself. Bartleby does not want to write, he *prefers* not to write. These two words distinguish his acts from his will, or as Agamben says, between *potentia absoluta* and *potentia ordinata*. In the words *I prefer not*:

“there is only a ‘rather’ fully freed of all *ratio*, a preference and a potentiality that no longer function to assure the supremacy of Being over Nothing but exist, without reason, in the indifference between Being and Nothing”.¹⁰

Therefore, only when placed in front of freedom, Bartleby becomes a messenger – a “law-copyist” who becomes a medium between Being and Nothing exposing the *pathos* without his opinion, without adding

⁷ Ibid., p. 253.

⁸ Ibid., p. 258.

⁹ Agamben, *The coming community*, p. 35.

¹⁰ Agamben, *Potentialities*, p. 258-259.

anything. His freedom is not particular freedom of will, but a moment when his thoughts become free from all rationality, knowledge or intentionality, when they exist only as a pure potentiality, as Being itself. This way “[p]otentiality (...) frees itself of the principle of reason. Emancipating itself from Being and non-Being alike, potentiality thus creates its own ontology”.¹¹ Hence, Bartleby’s act of freedom begins in language, in the referred sentence “I prefer not”.

Another medium where communication takes place is politics, and this is where Bartleby meets Agamben’s political philosophy. Scrivener’s acts are reflected in the refusal to act, and are performed in front of “the man of the law” and that is why Bartleby’s “trial is the most extreme trial a creature can undergo”.¹² Additionally, Bartleby is a scribe who copies the law, and his refusing to act can be understood as a liberation from the “oldness of the letter” that according to Agamben, Saint Paul in Romans wanted to substitute with the “newness of spirit”.¹³ For Deleuze, Bartleby is Original, belonging to the primeval world, to Primary nature, but he has to be in contact with Secondary nature that the narrator of the story, the attorney, represents. In their relation, the figure of Original shows the emptiness of the secondary world, of its rationality and its laws, revealing “the world as masquerade”.¹⁴ The man of the law, on one hand, has the role of a prophet “who can recognize the wake that originals leave in the world, and the unspeakable confusion and trouble they cause in it”.¹⁵ However, following Deleuze, the man of the law betrays “the new Christ” and refuses the critique that Bartleby has offered. The attorney decides to follow the positive law, instead of the divine law that consists in ‘something inexpressible and unfathomable’¹⁶ that could fill the empty normative world. For Agamben, on the other hand, Bartleby is not a Messiah “who comes to bring a new table of law” or “to redeem what was, but to save what was not”.¹⁷ His acts are not of creation, but “rather, a de-creation in which what happened and what did not happen are returned

¹¹ Ibid., p. 259.

¹² Ibid., p. 259.

¹³ See *ibid.*, p. 274.

¹⁴ Deleuze, *Essays Critical and Clinical*, p. 83.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Agamben, *Potentialities*, p. 270.

to their originally unity in the mind of God, while what could have not been but was becomes indistinguishable from what could have been but was not”.¹⁸ In other words, by revealing the copying of the world, its emptiness grounded in the law, by placing them in actuality, Bartleby speaks in the name of the forgotten struggles, laws, places, and people – the Forgotten time. As a messianic figure, he breaks with the linear time and sovereignty, because “[t]he messianic vocation is not a right, nor does it furnish an identity; rather, it is a generic potentiality [*potenza*] that can be used without ever being owned”.¹⁹

From Agamben’s reading of Bartleby, there are many ways we can move into further discussion. In one direction, the cabalistic messianic interpretation of the scribe is merging with Benjamin’s *Angelus Novus* and with angel Gabriel with one black wing. On another path, we can go back to Heidegger’s *Dasein*, and think it together with Bartleby in the search for freedom. Another possible direction would be moving back to St. Paul’s ‘Letter to Romans’ that Agamben carefully reads in *The time that remains*. There we can search for the potentiality in the ideas of Christianity, where together with Paul we can try to reach the justice outside the law. Finally, the reading of *HS* and *State of Exception* can lead us to the place from which we can think law and politics as pure potentialities. Law that will be able not only to think both actuality and potentiality as not a *priori* connected to Being, but also to welcome that what was not. In *HS*, Agamben reflects upon the problem of constituting and constituted power, but always connected to the notion of bare life that represents exception *per se*. On this path, *homo sacer*, as a limit concept between law and politics, refers to both Being and non-Being, maintaining itself outside the law; but through sovereign decision and sovereign ban, *homo sacer* is captured inside the law. Just like Bartleby, *homo sacer*, as the extreme concept, also stands against sovereignty and sovereign ban, challenging its rationality, and by that, challenging the law itself. Similarly, the “coming politics” intertwines with the path of law, because what is at stake at both *homo sacer* and new politics is a happy life, freed from any fate and destiny, from any discourse and identity, the truly “whatever singularity” that Bartleby has reached in his acts. However, before reaching

¹⁸ Ibid., p. 270.

¹⁹ Agamben, *The time that remains*, p. 26.

the doors of the state of exception and *homo sacer*, we have to see what happy life, a proper human life, means for Agamben.

Happy life and *homo sacer*

Problematization of life

In Agamben's political philosophy, we can observe two main processes: a distinction between bare life and happy life, and the process of exception becoming the rule. They are always defined by modern or ancient adjectives, which challenges Foucault's definition of modernity and biopolitics, making Agamben to be "the first to say that Foucault was almost the first to say, that what appears to be modern (...) is in truth immemorial".²⁰ In sum, according to Agamben, what becomes excluded throughout the Western history is a bare life, and *homo sacer* represents its archetype and proof of its antiquity. In order to understand ancient, but yet modern character of *homo sacer*, we need to employ two other words: *zoe* and *bios*, because what is truly absolutely ancient is the "inclusive exclusion" of *zoe* in the *polis*.

The antipode of happy and political life is a bare life, and each of these two types of life in Ancient Greek had one word, a phenomenon that we cannot find in another language. For Agamben, *bios* means a life opposite to animal life. It stands for a mode of living or specific kind of life. For example, there are humans whose lives are focused on theoretical investigations, just as were the lives of the philosophers who lived in the Ancient Greece. This type of life, this mode of living, for the Greeks was called *bíos theoretikós*, which can be translated as "contemplative life". The other mode of living – *bíos politikós* – that was focused around the participation in the public affairs and public institutions.

Zoe also means life, but more specifically a life understood as a property that characterizes the existence of living beings guided by their autonomous movements, without external influences – to grow, to move, to reproduce without the need for something outside our bodies. To be more precise, "zoe denotes in Greek the physical vitality of organic be-

²⁰ Derrida, *The beast and the sovereign*, Vol. 1, p. 317.

ings, animals, men and plants. Life is understood, not as a thing, but as vitality, as the nature or manner which characterizes all living creatures as such”.²¹ However, when it comes to the usage of this word, there are at least two exceptions. Firstly, in the Christian philosophy, *zoe* defines a divine *nous* as a noble and eternal life [*zoe artiste kai aidios*]. Related to this reading, in the final report by the Vatican’s Theological Commission that ends the state of limbo for infants that were not baptised and giving them possibility for heaven, it is written: “Enjoyment of true life (*zoe* and not *bios*) corresponds to human nature, and is possessed in the degree that virtue is practised”.²²

Agamben recognises this exception, but what is more complicated to deal with, and where the core of Derrida’s critique is placed, is related to Aristotle’s *zoon politikon*. At the very opening of *HS*, Agamben states that the word *politikon* can be read as “a specific difference that determines the genus of *zoon*” rather than “the attribute of the living being as such”.²³ For Derrida, there is absolutely no difference between “a specific difference” and “an attribute.” Therefore, Derrida is of the opinion that Agamben simply refuses to “admit (...) that Aristotle already had in view (...) the possibility that politics, policity, could, in certain cases (...) qualify or even take hold of bare life (*zoe*)”.²⁴

Additionally, just few pages after drawing a distinction between “a specific difference” and “the attribute”, Agamben quotes Foucault’s interpretation of *zoon politikon*, as a “living being with the additional capacity for political existence”.²⁵ However, when problematizing the political existence of humans, one needs to focus on the act of inclusively excluding *zoe* from the *polis*, where the former becomes the carrier of the modern politics, “as if politics were the place in which life had to transform itself into good life and in which what had to be politicized were always already bare life”.²⁶ Therefore, it does not come strange that in a couple of pages after this quote, Agamben defines his approach as the correction or complementation of Foucault’s thesis, to which I will return shortly.

²¹ Bultmann, *Theology of the New Testament*, Vol. 2, p. 832-833.

²² ‘The hope of salvation for infants who die without being baptised’, paragraph 12.

²³ Agamben, *HS*, p. 2.

²⁴ Derrida, *The beast and the sovereign*, Vol. 1, p. 327.

²⁵ Agamben, *HS*, p. 7.

²⁶ *Ibid.*

Another important point in Derrida's deconstruction of Agamben's thesis about life is related to the fact that while developing the concept of life as a function, Agamben does so without employing Heidegger's problematization and discussion about *bios* and *logos*, about the human essence. According to Derrida, this additionally shows Agamben's fixation on the absolute and clear distinction between two types of life, distinction without which his whole political philosophy might collapse. Heidegger's doubts are mostly focused around Aristotle's definition of man as *zoon logon ekhon* [*animale rationale*], a living being endowed with reason. Related to this, Derrida writes:

The question here is how did this determined, defined *logos* separate from Being, becoming a reason, a logic? In other words, Heidegger talks about "a violently imposed sovereignty of *logos* as reason, understanding, logic: it really is a question of a force of reason that overcomes [*a raison de*] another interpretation or several other interpretations or ways of hearing *logos*, the word or the vocabulary, the sense of *legein*, *logos*; it really is a question of a sort of war and conflict of forces in which reason wins by force, and along with reason (...) the rationalism of what will come later (...) to be inscribed in the concept of *animal rationale* or *zoon logon ekhon*.²⁷

Agamben does not put his focus on this violence that gives the power to the strongest argument. Moreover, when discussing about the relation between Nazism and Heidegger, he says that this relation acquires its significance "[o]nly when situated in the perspective of modern biopolitics",²⁸ and a couple of pages later, he follows Levinas's thought that the Nazism found its possibility in Heidegger's ontology.²⁹ On the other hand, Heidegger's thinking about *zoon logon ekhon*, according to Derrida, represents a critique of biologism, and therefore, a critique of at least some ideas of Nazism. Heidegger says that there is something else besides animality in our human essence, something above zoological interpretation of man coming from the interpretation of Aristotle's *zoon politikon*. For Derrida:

²⁷ Derrida, *The beast and the sovereign*, Vol. 1, p. 318.

²⁸ Agamben, *HS*, p. 150.

²⁹ See *Ibid.*, p. 152.

this indicates, most importantly, that Heidegger, whom one can hardly suspect of lack of interest for the resources and rules of the Greek language, does not place between *bios* and *zoe* the airtight frontier along Agamben constructs his whole discourse.³⁰

Finally, at the very opening of *HS*, Agamben admits that the entry of *zoe* in the *polis* is “the decisive event of modernity”, and that our societies are in crisis “because politics failed to reckon with this foundation event of modernity”.³¹ Derrida sees this as a paradox of Agamben’s thesis; paradox in which the ancient power, the power of *zoe* entering the *polis*, was firstly forgotten, and then again, recognised on modernity where it represents the decisive moment, a threshold for the collapsing modern politics. Even though Agamben without any doubt places the birth of biopolitics at the very beginning of politics, bounding it to sovereignty, he advocates awaking of politics to that “decisive moment of modernity”.

It was mentioned above that Agamben wants to correct or complement Foucault’s ideas, distinguishing his thesis about the modern politics from Foucault’s. Related to this, he writes:

[W]hat characterizes modern politics is not so much the inclusion of *zoe* in the *polis* – which is, in itself, absolutely ancient – nor simply the fact that life as such becomes a principal object of the projections and calculations of State power. Instead the decisive fact is that, together with the process by which the exception everywhere becomes the rule, the realm of bare life (...) gradually begins to coincide with the political realm, and exclusion and inclusion, outside and inside, *bios* and *zoe*, right and fact, enter into a zone of irreducible indistinction.³²

Derrida’s doubts about this statement are focused on the “idea of an entry (...) into a zone of irreducible indifferentiation [of *bios* and *zoe*], when the differentiation has never been secure”.³³ Moreover, a distinction between *zoe* and *bios*, which is (as it was said above) at least not so clear, centres all other concepts on it, leaving the thesis of potentiality in

³⁰ Derrida, *The beast and the sovereign*, Vol. 1, p. 321.

³¹ Agamben, *HS*, p. 4.

³² Agamben, *HS*, p. 9.

³³ Derrida, *The beast and the sovereign*, Vol. 1, p. 316.

a shadow of this dichotomy of life. Finally, a bare life according to Agamben is not a natural fact, but a product of political power that reveals the most sacred relation between political and natural. It is with *homo sacer* when distinction between *zoe* and *bios* disappears, revealing a life that does not belong neither to bare nor to happy life, but that exists in the sphere of exception. Therefore, according to Agamben, there is no possibility for *bios*, as a bare life, to be a subject of politics. Under the same token, the colonization of bare life by the political power is an ancient and historical concept where at some point bare life and political order coincide and become indistinguishable.

The state of exception

In addressing the state of exception, Agamben follows Carl Schmitt, whose theory of sovereignty is rooted in exception. Schmitt's *Political Theology* starts with the examination of the situation when the "no-law" gets inserted in the space of "law" – the state of exception. For him, the most important legal and historical situation of exception was the Article 48 of the Weimer Constitution, and as Agamben points out, without reflecting upon the meaning of this article, it is impossible to understand Hitler's rise in the 20th century Germany.

Schmitt correctly deconstructs the state of exception, staying focused on its normative claim, because the definition of the "normal" legal situation is defined in regard to exception. If the state of exception is included in the body of constitution, conditions that allow that situation are listed by the law. However, at the same time they are outside of law in the sense that they do not belong to the normal situation, and hence, cannot be treated by "normal" legal instruments. To be more precise, they cannot be treated by any legal instruments. A distinction between a normal and a non-normal situation is what Walter Benjamin also described in his writings about police, and it is linked with the difference between a false and a true state of exception.³⁴

Besides its normative claim, Schmitt observes another characteristic of exception that remains outside the norm, but simultaneously de-

³⁴ See Walter Benjamin, *Critique of Violence*.

fining it. Agamben names this paradox as a “zone of indifference”³⁵ that can also be seen as a type of resistance. In this “zone”, constitution represents the legal sphere, and act of resistance represents the political-social sphere. The relation between those spheres is a game of exclusion and inclusion. Moreover, a jurisprudence cannot understand extreme cases because there is no rule to govern a chaos. However, the state of exception, as Schmitt points out, is not equal to chaos or anarchy, and that is why it possesses an order, even if it’s not a legal order. The way he defines the state of emergency (that can also be seen as a product of political crises) and the exceptional measures (that are product of political activity), enters into the core of modern political and legal paradox. Similarly, for Agamben, exceptional measures “find themselves in the paradoxical position of being juridical measures that cannot be understood in legal terms, and the state of exception appears as the legal form of what cannot have legal form”.³⁶ In other words, Schmitt’s definition of the legal character of the state of exception reveals the “paradox of sovereignty”³⁷ where the law can be outside itself. Just like a man from the country in Kafka’s short parable “Before the Law” who fails to pass through the open door of law, staying forever outside and inside of it.

Exception also shows the essence of state’s authority grasped in the sovereign decision. Schmitt rightly states that “[i]n this situation, the decision parts from the legal norm, and (to formulate it paradoxically) authority proves that to produce law it need not be based on law”.³⁸ This is a very interesting collocation, because it adds something to the absolute particularity of law in its relation to justice. If law does not have to be law or to even be inside of law in order to add something to itself, it is keeping itself without keeping itself. It is revealing the emptiness of its meaning that can be filled with the sovereign decision, and this characteristic of law – its impotentiality – is preserved in the juridical order. Under these premises, as Schmitt observes, exception “defies general codification, but it simultaneously reveals a specifically juristic element – the decision in absolute purity”.³⁹

³⁵ Agamben, *State of exception*, p. 23.

³⁶ *Ibid.*, p. 1.

³⁷ Agamben, *Potentialities*, p. 89.

³⁸ Schmitt, *Political theology*, p. 13.

³⁹ *Ibid.*, p. 13.

It can be seen that in the case of Schmitt, the subject of the state of exception is always sovereignty, more precisely, the sovereign decision that finally enables politics. That is why “[s]overeign is he who decides on the exception”.⁴⁰ On the other hand, Agamben stays focused on *homo sacer*, a person without political meaning, without a good life. The term *sacer* denotes someone that cannot be touched by any ordinary individual. It is a contradictory term because at the same time it makes a person sacred and untouchable, but it also allows killing that individual. The paradox is even greater since anyone can kill *homo sacer* with impunity, but he or she cannot be sacrificed in the ritual, which excludes that person even from the divine world. “This violence – the unsanctionable killing (...) – is neither classifiable as sacrifice nor as homicide, neither as the exception of a condemnation to death nor as sacrilege”.⁴¹ Hence, *homo sacer* that was defined in the early Roman law by the penalty for *sacer esto*⁴² is outside of the political and legal sphere, in front of which it has no rights or claims, and the sovereign preserves it inside of the law.

Therefore, the only sphere in which a human can be killed without committing a murder or celebrating a sacrifice is sovereignty. One that can be killed but not sacrificed has a life that is captured in this sphere. Correspondingly, for Agamben, a sovereign state is the state where all humans are potentially *homo sacer*, capable of having their life stripped to the level of a bare life. Similarly, he observes, “the law in the state of exception that has become the norm – a law stripped of transcendent authority and with no substantial claim to legitimacy”.⁴³ The empty concept of law becomes revealed in exception, and only with its revelation and recognition, we can abandon and deposit it. This is the point where potentiality meets

⁴⁰ Ibid., p. 1.

⁴¹ Agamben, HS, p. 82.

⁴² In the Twelve Tables of the early Roman law, *sacer esto* is defined as following: “In the *leges regiae* and in the Laws of the Twelve Tables, we found three cases of wrongs committed against a human being that led to a religious punishment: the woman who maltreats her parents-in-law, the patron who violates the rights of his clients or vice versa, and the person who removes a boundary stone. It seems that these cases all deal with a breach of trust that threatened society, or, rather, the survival of the Roman people. Those who break that trust incur the penalty of being *sacer*.” From these three situations described by early Roman law, we can see that they always include tearing up of the trust relations between subjects involved. The one “that must be cursed” had betrayed the trust of its own people, and there is no more room for them among citizens. Gods are the ones to decide upon their possible destiny, but for the human world, their life is meaningless, and therefore, its abolishing has no consequence at all. Moreover, *homo sacer* lifts its status as an individual to that degree that even their death cannot have a meaning – he or she cannot be sacrificed.

⁴³ Whyte, ‘I Would Prefer Not To’: Giorgio Agamben, Bartleby and the Potentiality of the Law’ in Law Critique, p. 312.

law in Agamben's philosophy. By preserving the exception as a possibility grasped in the potentiality for no-law in the juridical order, the impotentiality of law is also preserved. In Schmitt's thesis, this preservation happens in the sovereign decision. On the other hand, for Agamben, it is important that law, by practising its potentiality to not-be, to be outside, but at the same time having potentiality to-be, preserves its impotentiality in actuality. Above was shown how Bartleby, the legal scribe, does not bring anything new to the definition of law, he neither adds to it nor cancels it. His potentiality is the extreme limit where Bartleby does not only, as Deleuze shows us, reveals the emptiness of the law. But more importantly, in his acts of pure potentiality, he abandons that law. Indeed, the pure potentiality of the law "is not the application of a rule but what Agamben, borrowing Jean-Luc Nancy's term, calls abandonment".⁴⁴ After the abandonment of law, its emptiness is completely apparent, and the possibility for its fulfilment is reached. Possibility that *homo sacer* cannot embrace.

Fulfilment of law

By abandoning Schmitt's imperfect nihilism "that nullifies the law but maintains the Nothing in a perpetual and infinitely deferred state of validity"⁴⁵, Agamben turns towards "a perfect nihilism that does not even let validity survive beyond its meaning but instead, as Benjamin writes of Kafka, 'succeeds in finding redemption in the overturning of the Nothing'".⁴⁶ In such a way, Agamben goes beyond Schmitt's focus on sovereignty and decisions, demonstrating the contingency for an openness towards the possibility of justice outside of law. According to this author, when related to the state of exception, law becomes connected with the violence from the political sphere, and thus, it loses its essence, which is always bound with justice. "In this respect, law and sovereignty would, so to speak, turn to an empty form, which would deprive the essence, and thus question its proper potency".⁴⁷ However, following Aristotle's defi-

⁴⁴ Ibid., p. 312.

⁴⁵ Agamben, *Potentialities*, p. 171.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Schmidt, *Der Terminus „Ausnahmestand“ nach Carl Schmitt in der Konzeption Giorgio Agambens: Eine vergleichende Analyse*, p. 15. Translation mine.

nition of potentiality as potentiality to not-be, guided by the example of *Bartleby*, Agamben envisages the loss of essence and disconnection from justice as the potentiality for the fulfilment of law.

To understand this better, we have to reflect upon Agamben's reading of St. Paul, which is embraced in thinking about the justice outside the law. Moreover, this justice is possible only with the radicalization of the state of exception. In VIII thesis of history, Walter Benjamin's also calls for the real state of emergency that is necessary to overturn the Nothing that law has become. However, for Agamben, the real state of emergency is not in the radicalization of the political act, as it is in the case of Benjamin, but it is in the possibility of reaching the absolute paradox,

whereby law is applied in disapplying itself, no longer having an inside or an outside. With regard to this law that applies itself in disapplying itself, a corresponding gesture of faith ensues, applying itself in disapplying itself, rendering law inoperative while carrying it to its fulfillment.⁴⁸

The inoperativeness of law enables the potentiality of law, and only in its impotentiality we can search for its fulfilment. Similarly, the past can be fulfilled only in the future that it predicts, in what Benjamin calls "now-time" or *Jetztzeit*. Likewise, according to Agamben, we have to allow "that another world and another time must make themselves present in this world and time".⁴⁹ The messianic time is different from historic time, and our goal is to enable their existence without separating the worlds they refer to as "this world/the other world". "The messianic modality, which Agamben finds in *Bartleby*, is thus one in which potentiality does not precede actuality but follows it, restoring it to contingency and enabling the forgotten to act on the present".⁵⁰ Therefore, searching for the radical paradox where something is both preserved and deactivated, without adding or destroying, means searching for the pure potentiality. For Agamben, Paul's "the law of faith" is the example of such paradox, and it allows us to think the potentiality in the law, moving away from the

⁴⁸ Agamben, *The time that remains*, p. 106-7.

⁴⁹ Agamben, *Potentialities*, p. 168.

⁵⁰ Whyte, 'I Would Prefer Not To': Giorgio Agamben, *Bartleby and the Potentiality of the Law* in *Law Critique*, p. 319.

dialectic of constituent and constituted power. Following this idea, “[j]ustice without law is not the negation of the law, but the realization and fulfilment, the *pleroma*, of the law”.⁵¹ Therefore, Agamben’s thesis, in my opinion, goes above Benjaminian search for the real state of emergency. The theory of potentiality and of “studious play”, that I will present shortly, is where Agamben makes his separation from messianic nihilism, and where he rejects any type of violence.

At this point, we have to remind ourselves one more time that for Agamben, there was no first life as the natural fact existing in the state of anomie, and then its implication by law proceeded. Bare life is not a natural situation, indeed, it is a product of a bio-political machine that firstly allowed separation of life and law, process that is both ancient but yet decisively modern, as I have shown above, using Derrida’s critique. However, after overpassing the problem with distinction between *zoe* and *bios*, it is necessary to go back to “whatever particularity” that is capable of creating the real emergency, breaking the machinery that wants to cancel particularity, and by it, a happy life. Bartleby stands for “whatever particularity” that shows no potentiality for joint identity, not even for “whatever identity”, around which it would construct its values and common interests in the form of what we tend to call society. Because, whenever we place ourselves in some identity, no matter its presuppositions, the state can react by allowing or refusing that identity, in promoting or rejecting it. Agamben rightly observes that “[f]or the State, therefore, what is important is never the singularity as such, but only its inclusion in some identity”.⁵² That is why, for example, terrorism represents a big obstacle for national states, simply because many times terrorist acts are product of singularities that are not grasped by any identity, for example by one religious group, in one national state or organization that would become an apparent figure of the enemy. Therefore, Agamben proposes a new politics that goes further Schmittian dichotomy between foe and friends of the political; in the case of the “coming politics” that dichotomy is dissolved in the rejection of identity as the pure expression of our human potentiality. In Agamben’s words:

⁵¹ Agamben, *The time that remains*, p. 107.

⁵² Agamben, *The coming community*, p. 86.

[t]he novelty of the coming politics is that it will no longer be a struggle for the conquest or control of the State, but a struggle between the State and the non-State (humanity), an insurmountable disjunction between whatever singularity and the State organization.⁵³

In relation to the ontological-linguistic identity in which all belong without any claim of belonging, when “[t]he thing of thought is not the identity, but the thing *itself*”,⁵⁴ law and justice should also exist without any particularity, referring to “whatever singularities” in their free potentiality to not-be anything particular. In other words, on the way to this politics, we need to disrupt the sovereign organisation of potentiality through the creation of a life in which potentiality cannot be isolated from actuality, a “happy life” in which “I am not always already and solely enacted, but rather delivered to a possibility and a power”, a life that is necessarily potential.⁵⁵

Conclusion

Throughout this paper, it has been demonstrated that placed between constituting and constituted power, *homo sacer* is the victim of sovereignty, failing to grasp the potentiality of imposed non-status that can in its impotentiality open the possibility for a happy life. He or she does not abandon the empty law; it is both the sacred and the profane law that abandons him or her. Bartleby, on the other hand, as this paper has also shown, has his absolute potentiality realised in the act of abandonment. His “I prefer not” refers to the pure language that tells us something about the primeval world where law and life were not separated. Moreover, his acts have to be connected to freedom that welcomes both non-Being and Being, a freedom that does not come to destroy and bring something new, but to reveal the truth and save what it was not. To show that the world we live in is just one of the possible worlds that was realised in actuality, and that there are so many others, impossible worlds whose place in actuality is exigent. These worlds represent the right of actual world to not-be, and their right to have existence.

⁵³ Ibid., p. 85.

⁵⁴ Ibid., p. 95.

⁵⁵ Whyte, ‘I Would Prefer Not To’: Giorgio Agamben, Bartleby and the Potentiality of the Law’ in *Law Critique*, p. 321.

In addition, in his earlier works, most notably in *Infancy and History*, Agamben's focus was on the notion of "studious play". For him, play is "the experience of prediscursive being that he calls *infancy*"⁵⁶ just like the language that Bartleby has – free from any discourse, and thus, from any rationality. In order to produce the "pure law", a new political action needs to reach this "pure language", embracing "a word that does not bind, that neither commands nor prohibits anything, but says only itself".⁵⁷ Moreover, after revealing the emptiness of law, we can observe it "as a disused object", an empty object with which we cannot play anymore. Therefore, we need to find a new use for it, which has to be on the side of justice, because, what is the purpose of law if not the plausibility of justice? If there is a possibility of law outside the law, as the possibility of Being in the Nothing, then we need to think about the possibility of justice outside of law. In regard to this, Catherine Mills asks: "What, for instance, does playing with law entail, and in what way might it lead humanity to a condition of justice after the law? What is the nature of this postjuridical justice, and what is its relation to the 'happy life'?"⁵⁸

Thus, to understand the possibility of playing with law, following Agamben, we firstly need to deactivate it, because freedom, interminability and non-instrumentality are basic conditions to play with it. In the state of exception, where law's both possibilities to be and to not-be become indistinguishable from actuality, just like Kafka's character, we have to "seek, each one following his or her own strategy, to "study" and deactivate it [the state of exception], to 'play' with it".⁵⁹ Only in this way, we can think that law is a gate to justice, which is no longer practiced but is rather studied. Such ideas are shared by both Agamben and Benjamin. Justice cannot be seen either solely as a proper usage of law but it must be related closely to the notion of "good life". Additionally, it cannot be left to the endless project of deconstruction that never comes to the bottom of life because it keeps it always connected to the law. Only in exception we can see their separation, and by playing with them, we can give the law a new usage. Agamben, in the same line as Bartleby, does not want

⁵⁶ Mills, 'Playing with Law: Agamben and Derrida on Postjuridical Justice' in *South Atlantic Quarterly*, p. 16.

⁵⁷ Agamben, *State of exception*, p. 88.

⁵⁸ Mills, 'Playing with Law: Agamben and Derrida on Postjuridical Justice' in *South Atlantic Quarterly*, p. 16.

⁵⁹ Agamben, *State of exception*, p. 64.

to erase the law in order to create a new one, but they want to search for a new possibility of law, for a new usage of law. That is why in *Profanations* Agamben asked: “what does it mean for a life to put itself – or to be put into play?”⁶⁰ If we chose to put ourselves into play, we can reject any rationality, be misunderstood and be irrational. We can reject the world as it is given, without destroying it.

Moreover, the passage from the sacred to profane is possible in playing. Most of the games known to us are based on sacred rituals and religious acts. Following Émile Benveniste, Agamben agrees that playing is not only derived from the sacred, but it is also capable of breaking the conjunction of myth and riot, conjunction that secures the power of the sacred act. “This means that play frees and distracts humanity from the sphere of the sacred, without simply abolishing it”.⁶¹ In playing, we can deactivate the rationality and meaning of law and politics, and give them another meaning, another usage. In other words, we can refer to the potentiality of law and politics, without their destruction. By doing so, we orient our acts towards the profane, breaking up with the myth and mythological violence, “opening the gateways to a new happiness”⁶², to justice.

In fact, it is only in playing that we can use objects that belong to law, politics, or religion, and give them a new use by turning them into toys. According to Agamben, only in relation to this aspect of playing, we can understand Benjamin’s law as the gate to justice. Through playing, objects that become toys are not neglected, but are given “a new dimension of use, which children and philosophers give to humanity”.⁶³ Finally, both happiness and unhappiness are coming from the same world. “The just person does not reside in another world” and “[w]hat changes are not the things but their limits”.⁶⁴ That is why “the life that begins on earth after the last day is simply human life”.⁶⁵ Old world with a slight difference, where the halo that enables “the becoming singular of that which is perfect”⁶⁶ is “a zone in which possibility and reality, potentiality and actuality, be-

⁶⁰ Agamben, *Profanations*, p. 68.

⁶¹ *Ibid.*, p. 76.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Agamben, *Profanations*, p. 76.

⁶⁴ Agamben, *The coming community*, p. 91.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

come indistinguishable".⁶⁷ In other words, instead of reproducing the same world over and over, instead of copying and re-interpreting its content, we need to play with it and give it another meaning through the playing.

Bibliography

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. Sovereign power and bare life*. Stanford California: Stanford University Press, 1998.

_____. *State of Exception*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2003.

_____. *Potentialities: Collected Essays in Philosophy*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

_____. *The time that remains: the commentary on the letter to Romans*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

_____. *The coming community*. Mineápolis e Londres: University of Minnesota Press, 2007.

_____. *Profanations*. Nova Iorque: Zone books, 2007.

BULTMANN, Rudolf. *Theology of the New Testament*, vol. 2. Waco: Baylor University Press, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Essays Critical and Clinical*. Londres e Nova Iorque: Verso, 1998.

DERRIDA, Jacques. *The Beast and the Sovereign*, v. 1. Londres e Chicago: The University of Chicago, 2011.

HIRST, Paul. Carl Schmitt's Decisionism. Chantal Mouffe (ed.). *The challenge of Carl Schmitt*. Londres e Nova Iorque: Verso, 1999.

⁶⁷ Ibid., p. 55.

MILLS, Catherine. *Playing with Law: Agamben and Derrida on Postjuridical Justice in South Atlantic Quarterly*, 107:1, Duke University Press, Winter 2008.

SCHMIDT, Philipp. *Der terminus „Ausnahmezustand“ nach Carl Schmitt in der Konzeption Giorgio Agambens: Eine vergleichende Analyse*. Studienarbeit, Universität Marburg: GRIN Verlag, 2004/2005.

SCHMITT, Carl. *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty*. Trad. George Schwab. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2005.

WHYTE, Jessica. "I Would Prefer Not To": Giorgio Agamben, *Bartleby* and the Potentiality of the Law in *Law Critique*, 20 (309-324), Springer Science and Business Media B.V., 2009.

| |
|---|
| Vanja Grujic - Faculty of Law, University of Brasília. |
|---|

Sessão Especial - série fotográfica

Regência

“O tempo sombrio, o vento frio e violento do sul e a agitação das águas do mar aliavam-se ainda à tristeza peculiar a esta região deserta. Durante toda a jornada, o sol ficou coberto pelas nuvens; não sofri mais dos nervos, o que me havia acontecido raramente desde o início de minha viagem, porém, uma profunda melancolia acabou por me vencer; pensei na minha família, da qual havia muito tempo não recebia notícias, e negros pensamentos vieram preocupar-me.”

Auguste de Saint-Hilaire, outubro de 1818.

Regência, hoje, é uma praia pertencente ao município de Linhares (ES), o último espaço geográfico de terra a separar o Rio Doce do Atlântico. Embora o Rio Doce nunca tenha sido navegável por grandes embarcações, ele foi o principal meio de transporte e comércio entre a Província de Minas Gerais e a Capitania, como era chamada a Província do Espírito Santo no Brasil Colônia.

O lugar marca o fim de uma longa jornada pelo Rio Doce, tanto para a lama produzida pelos resíduos da mineração do ouro na região de Vila Rica (Ouro Preto), Mariana e Catas Altas (MG), quanto para os tropeiros que levavam queijo e produtos agrícolas para vender em Vitória.

Mas enquanto a lama da mineração no Rio Doce encontra o mar, os tropeiros encontram o Quartel da Regência Augusta. Uma cabana isolada, construída em 1800 na margem direita da antiga foz do rio, no meio da areia, para proteger a província da entrada de inimigos.

Uma grande enchente transformou a foz do Rio Doce em 1936 e outra em 1940 (há divergência nas datas), destruindo não só o Quartel da Regência Augusta como também toda a vila que ali se formara. O rio mudou a sua foz de lugar. E muito embora os moradores desabrigados esperassem, ele nunca mais recuou.

Mapas geográficos são categorias políticas. Medidas de distância no mundo grego antigo, medida de investigação na Idade Média, inquérito no século XVIII, medidas de poder hoje. Guerras mudam mapas. Catástrofes políticas, ecológicas e econômicas, mudam mapas. O poder define espaços. O Rio Doce, percurso imaginário, varreu Regência do mapa geográfico. Sublimou Regência, do seu espaço físico, para um espaço simbólico.

Regência é o Rio Doce encontrando o mar. Duas grandezas, dois grandes impérios constituídos de povos e territórios simbólicos. Territórios nos quais homens do rio, homens do mar e homens da terra, mineiros e roçeiros, pescadores e marinheiros, se encontram na singularidade do espaço geográfico da Regência, sob um mesmo imaginário comum: o portal simbólico de uma travessia fantástica.

Regência hoje não é apenas um espaço geográfico varrido pela foz do Rio Doce. É também um portal imaginário de fantasias, sonhos e esperanças constituídas a partir dos mitologemas medievais. A porta de entrada para as terras do ouro e das esmeraldas, das montanhas resplandescentes, da natureza exuberante, exótica e sedutora. Mas ao mesmo tempo guarnecida por violentos índios botocudos, ferozes e antropófagos – dizia-se –, doenças incuráveis, animais monstruosos, armadilhas e perigos constantes. O Rio Doce produzia vapores venenosos nessa região. Os que não morriam sob as lanças dos selvagens, pereciam, ardendo em febre, de doenças misteriosas.

Um imaginário construído a partir de desejos e delírios medievais, no qual a distância que separa o ser do desejo de ser se confunde. O portal de um imaginário edênico marcado por lendas de vida e de morte, de paraísos e infernos, de miseráveis promessas de enriquecimento.

Para além de uma incrível coincidência entre a percepção melancólica de August Saint-Hilaire sobre esse espaço simbólico no Século XIX, esta série fala da Regência como um portal imaginário, como o início de um percurso simbólico de fantasias e delírios do imaginário europeu medieval. Como um deserto, um sombrio deserto, que prenuncia, para os mitologemas que conduzem nossa imaginação, o que sempre pode vir depois.

Rafael Lazzarotto Simioni
Janeiro de 2016

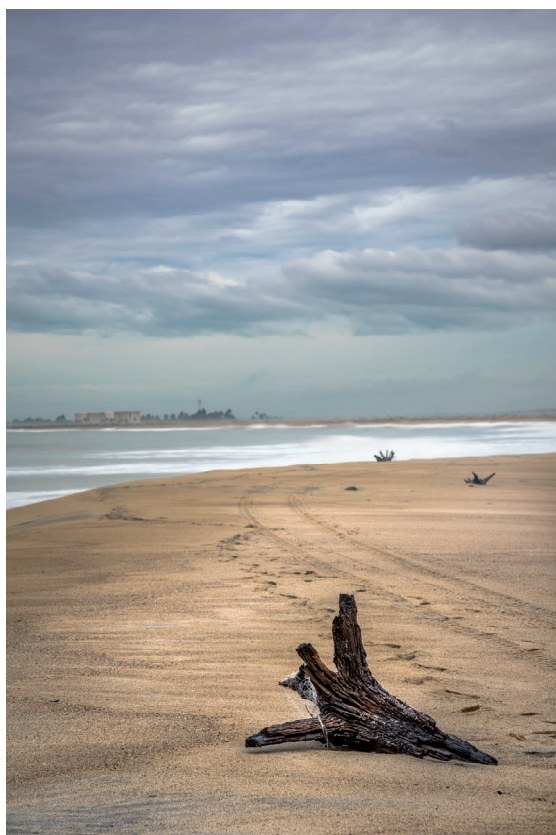
A lama da Samarco S/A

As fotografias que compõe essa série foram realizadas por Rafael Lazzarotto Simioni, na companhia do seu amigo e professor Luciano da Costa, por ocasião da chegada na foz do Rio Doce, após uma expedição de 9 dias seguindo a lama e resíduos de mineração da mineradora Samarco. O rompimento da barragem da Samarco em novembro de 2015 devastou os Rios Gualacho e Carmo, na região de Mariana (MG), até o encontro com o Rio Piranga, formando o Rio Doce e espalhando seus rastros de destruição até o Atlântico.

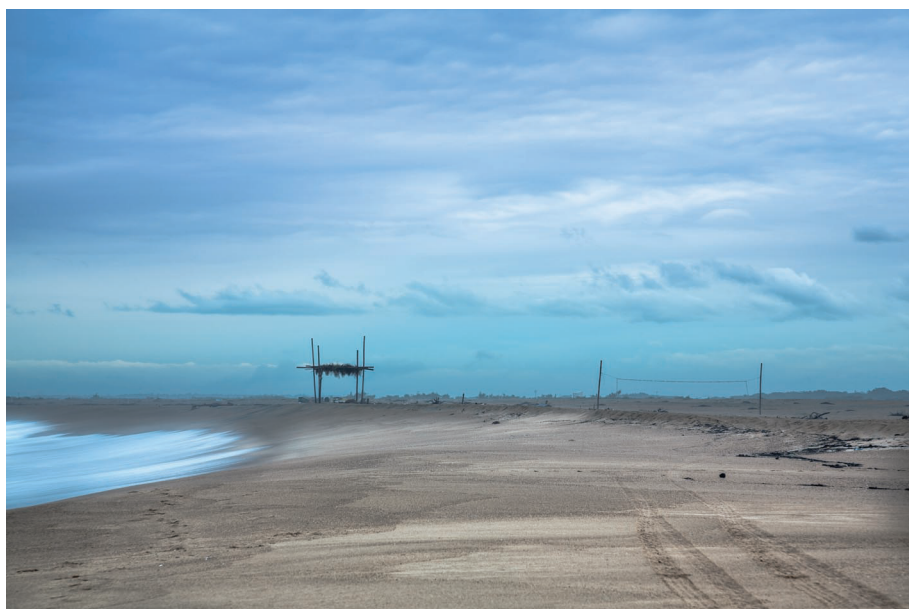
Nas imagens pode-se ver a cor lamacenta do Rio Doce e os resíduos depositados na areia.

Entretanto, importante considerar também os depoimentos dos exploradores dos séculos XVIII e XIX, que apresentam preocupantes registros de que o Rio Doce já se encontrava assoreado e contaminado pelos resíduos da mineração desde meados do século XVIII. Uma prática exploratória e extrativista, típica do modelo colonial, cuja lógica é terminar apenas quando se esgotarem os recursos.

Rafael Lazzarotto Simioni é Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito, professor do PPGD/FDSM e associado do Foto Clube Pouso Alegre.







Edital de chamada de artigos para o volume 1, 2ª edição, da Revista Direito Constitucional & Econômico - REDEC

1. Sobre a Revista de Direito Constitucional & Econômico - REDEC

Trata-se de uma revista acadêmica, eletrônica, que publica pesquisas inéditas de pós-graduação e de graduação (desde que estejam vinculadas com a pós-graduação - vide item 4.3 do edital) de acordo com sua linha editorial.

2. Linha Editorial

A Revista de Direito Constitucional & Econômico - REDEC - receberá trabalhos de perspectivas metodológicas e disciplinas plurais, mantendo como marco de unidade sua adequação à linha editorial. Tal adequabilidade refere-se à possibilidade de enquadrar a submissão de artigos num dos eixos de interesse da Revista, apresentados na sequência:

a. Principais Eixos Temáticos:

- i.** Constituição Econômica e Desenvolvimento;
- ii.** Trabalho, meio ambiente, mercado de consumo, propriedade e função social na ordem econômica e constitucional;
- iii.** Direito Constitucional, Economia e Desenvolvimento Regional e Social;
- iv.** Concretização da Ordem Econômica e Soberania Nacional;

- v. Aproximações entre constitucionalismo, direitos humanos, cidadania, dignidade da pessoa humana, justiça social e desenvolvimento econômico;
- vi. Análise econômica do direito;
- vii. Legislações e Políticas Públicas em desenvolvimento econômico e constitucional.
- viii. Fundamentos filosóficos, históricos e sociológicos do Direito Constitucional ou do Direito Econômico;
- b. Sessões Especiais:
 - i. Traduções vinculadas à linha editorial da Revista;
 - ii. Resenhas vinculadas à linha editorial da Revista;
 - iii. Jurisprudências Comentadas vinculadas à linha editorial da Revista;
 - iv. Entrevistas vinculadas à linha editorial da Revista;
 - v. Trabalhos Artísticos vinculados à linha editorial da Revista.

Serão aceitos textos inéditos tanto em português como em inglês, espanhol, italiano e francês, os quais serão publicados sem traduções, sendo que todos os autores devem seguir as normas de ortografia oficiais de seus países.

3. Prazo Final para Submissões

Os prazos finais para envio das colaborações para a 2ª Edição do Volume I da Revista de Direito Constitucional & Econômico serão:

Dia 17/05/2019 - para a 2ª Edição

A REDEC receberá artigos em fluxo contínuo.

4. Orientação para Submissões

4.1 As colaborações deverão ser inéditas e originais com extensão de 10 a 25 páginas.

Obs: poderão ser aceitos trabalhos cujo tamanho foge ao padrão, em caráter excepcional, em razão da qualidade da contribuição.

4.2 As colaborações deverão ser apresentadas em documento de extensão “.doc” e remetidas ao e-mail reddec@unialfa.com.br.

4.3 O número máximo de autores aceitos por colaboração são 3 (três), devendo aos menos um dos autores deter o título de Doutor. São aceitas publicações de graduandos, mestrandos e doutorandos, desde que em coautoria com um Doutor.

4.3 O texto deverá estar formatado de acordo com as especificações que seguem: Tamanho A4; Espaçamento 1,5; Fonte Times New Roman - 12 para o corpo do texto e 10 para notas de rodapé; Páginas: superior/esquerda - 3 cm; inferior/direita - 2 cm; Alinhamento justificado; Primeira linha: 2,5cm.

4.4 Os resumos devem conter entre 100 a 250 palavras. Serão aceitas, no máximo, 5 palavras-chave. O resumo deverá estar localizado abaixo do título do artigo e o autor deverá estar qualificado em uma folha rosto que antecede o artigo contendo: nome completo, titulação, instituição à qual esteja vinculado, telefone e contato eletrônico.

Os títulos, resumos e palavras chaves devem estar em português e em inglês. A primeira página do artigo deve conter um sumário numerado. O título do artigo deverá estar em negrito, caixa alta e centralizado, sem abreviaturas.

Obs: Quando se tratar de tradução de artigo, o nome do tradutor e o título original do trabalho devem constar em nota de rodapé.

4.5 As citações deverão ser identificadas nas notas de rodapé, sequentemente, com o nome do respectivo autor (sobrenome maiúsculo, prenome), nome da obra (em itálico), edição, cidade (seguida de 2 pontos), editor, ano e página.

Citações literais de mais de três (3) linhas deverão ser inseridas com recuo de 4,0cm da margem esquerda, tamanho 10 e sem aspas.

Obs: Para outras informações acerca do uso de citações, o autor deverá consultar a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

4.6 As referências Bibliográficas deverão ser apresentadas em ordem alfabética e deverão estar em conformidade às disposições da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), cujos alguns modelos encontram-se na sequência:

Modelo de referência bibliográfica de livro:

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. *Título em itálico*, edição. Local: Editora, data da publicação, páginas, volume (nome, número de série), outros elementos que permitam identificar o documento (opcionais).

Modelo de referência bibliográfica de livro disponível *on-line*:

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. *Título em itálico*, edição. Local: Editora, data da publicação, páginas, volume (nome, número de série), outros elementos que permitam identificar o documento (opcionais). Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: DD/MM/AAAA.

Modelo de referência bibliográfica de artigo publicado em periódico:

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. Título do artigo. *Título do periódico em itálico*, Local da Publicação, numeração correspondente ao volume e/ou ano, fascículo ou número, paginação inicial e final, data de publicação.

Modelo de referência bibliográfica de artigo publicado em periódico disponível *on-line*:

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. Título do artigo. *Título do periódico em itálico*, Local da Publicação, numeração correspondente ao volume e/ou ano, fascículo ou número, paginação inicial e final, data de publicação. Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: DD/MM/AAAA.

5. Da dupla avaliação cega por pares

Para a aprovação dos textos será utilizado o sistema de revisão por pares, com dois avaliadores externos, preferencialmente que sejam de estado da federação diferente do autor do texto e com formação igual ou superior a do autor, garantindo-se o anonimato, seguindo também o sistema da revisão dupla (Double Blind Review) constituído por dois momentos:

Primeiro Momento: Avaliação, em caráter preliminar, pelos Coordenadores da Revista e Editores ou em conjunto com algum membro do corpo editorial, caso se julgue necessário, visando verificar a adequação dos trabalhos à linha editorial, bem como a aspectos de ineditismo e potencial de contribuição do texto.

Segundo Momento: Os originais serão encaminhados para apreciação de dois pareceristas externos (de outro estado, com formação igual ou superior ao autor - preferencialmente), com garantia do anonimato, segundo os critérios do sistema blind review, levando em conta aspectos de originalidade e relevância temática, clareza, coerência, estruturação e uso correto das regras gramaticais na construção do texto, adequação bibliográfica, teórica e metodológica e contribuição para a área da Revista.

Pelo menos 75% dos artigos serão submetidos à dupla avaliação cega por pares.

Após a avaliação o(a) autor(a) receberá informações sobre: a) se o artigo foi aprovado; b) se foi aprovado com ressalvas; ou, c) rejeitado. Sendo aprovado, e, quando for o caso, superadas as ressalvas, o artigo será publicado.

6. Periodicidade

Serão publicadas duas edições por ano da revista, uma no primeiro semestre e outra no segundo semestre. O objetivo é de publicar ao menos nove artigos por edição, isto é, no mínimo 18 artigos por volume.

7. Do cadastro de pareceristas *ad-hoc*

Interessados em atuar como pareceristas devem enviar e-mail para reddec.alfa@gmail.com, informando os seguintes dados: Nome completo/titulação: (Doutor ou Doutorando em fase de conclusão do Doutorado); Nome da instituição em que concluiu ou está cursando Doutorado e tempo estimado para a conclusão, quando for o caso; e-mail; CPF; Vínculo atual (nome completo da instituição e a qual estado da federação pertence); Endereço do currículo Lattes; Endereço para correspondência; Telefone para contato com DDD e Áreas de interesse para avaliação.

8. Do Qualis

Por tratar-se de primeiro volume a Revista ainda não possui classificação no Qualis, o que ocorrerá na próxima avaliação CAPES.

Contamos com a sua contribuição.
Em caso de dúvidas e demais esclarecimentos,
não deixem de nos contatar.

Felipe Magalhães Bambirra

Editor Responsável
reddec@unialfa.com.br