

# REVISTA

# MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO  
DE ESTUDOS**  
**MPC • PR**



**JANEIRO | JUNHO 2023**

**NÚMERO 18 | VOLUME X**  
**ISSN 2359-0955**



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

# MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

---

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 18 (2023) - \_ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2022.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Constitucional. I. Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

#### **Cobertura temática (classificação do CNPq)**

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direitos Especiais (6.01.04.00-7)

#### **Revista classificada no estrato B3 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2023.**

#### **Conselho Editorial**

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

**Organização:** SAULO LINDORFER PIVETTA

**Projeto Gráfico:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Diagramação:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Capa:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial**

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – [revista@mpc.pr.gov.br](mailto:revista@mpc.pr.gov.br) – Tel (41) 3350-1909



# sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>8</b>
<b>Artigos Científicos.....</b>	<b>12</b>
HISTORICIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: EM BUSCA DA FUNDAMENTALIDADE.....	12
Maria Jose Cavalcante Correia de Lira	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR NA ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	36
Guilherme Silva Bastos Malheiro	
ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS À LUZ DO INSTITUTO DA ANALOGIA.....	58
Anna Luíza Soares Matte; Cláudio Daniel de Souza; Luan Christ Rodrigues	
RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DIANTE DA INEFICÁCIA PROTETIVA DA ANÁLISE JURÍDICA TRADICIONAL.....	88
Joana D’Arc Dias Martins	
A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL.....	114
Eduardo Vieira de Souza Barbosa; Patrícia Dittrich Ferreira Diniz	
ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 17-B, §3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	134
Edelvan Ricardo Buchta; Taís Fernanda Kusma	
PATENTES FARMACÊUTICAS DE MEDICAMENTOS NOS PAÍSES DO TERCEIRO MUNDO: UMA LEITURA A VOLTA DA COVID-19.....	150
Jeremias Arone Donane	
O PAPEL DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA NA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE CONSENSUALIDADE POR MEIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC).....	165
Érika Karine Santos	
AGAMBEN, SCHMITT E O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL NA GESTÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL .....	180
José Adeildo Bezerra de Oliveira	
<b>Orientações para Envio de Artigos .....</b>	<b>200</b>



# apresentação

A Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, mantendo seu compromisso de publicar textos relevantes, apresenta à comunidade jurídica sua 18ª edição, que contém 9 artigos científicos, elaborados por autores de diversos Estados do país. Todos os textos são inéditos e foram aprovados por ao menos dois pareceristas independentes, seguindo a sistemática do *double-blind peer review*. Os artigos ora publicados são os seguintes:

1) Historicidade na reprodução humana assistida e na gestação de substituição: em busca da fundamentalidade, de Maria Jose Cavalcante Correia de Lira;

2) A constitucionalização do Direito Administrativo e a releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular na ótica dos direitos fundamentais, de Guilherme Silva Bastos Malheiro;

3) Análise acerca da (in)constitucionalidade da utilização da infiltração de agentes policiais à luz do instituto da analogia, de Anna Luíza Soares Matte, Cláudio Daniel de Souza e Luan Christ Rodrigues;

4) Responsabilidade socioambiental empresarial sob o enfoque da análise econômica do direito diante da ineficácia protetiva da análise jurídica tradicional, de Joana D'Arc Dias Martins;

5) A aplicação do instituto da terceirização na sociedade de economia mista estadual, de Eduardo Vieira de Souza Barbosa e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz;

6) Análise da (in)constitucionalidade do art. 17-b, §3º da Lei de Improbidade Administrativa, de Edelman Ricardo Buchta e Taís Fernanda Kusma;

7) Patentes farmacêuticas de medicamentos nos países do terceiro mundo: uma leitura à volta da Covid-19, de Jeremias Arone Donane;

8) O papel da Convenção de Mérida na reforma da Lei de Improbidade Administrativa e a possibilidade de consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), de Érika Karine Santos;

9) Agamben, Schmitt e o constitucionalismo liberal na gestão da pandemia de Covid-19 no Brasil, de José Adeildo Bezerra de Oliveira.

Boa leitura!

**Valéria Borba**

Procuradora-Geral do MPC-PR

**Saulo Lindorfer Pivetta**

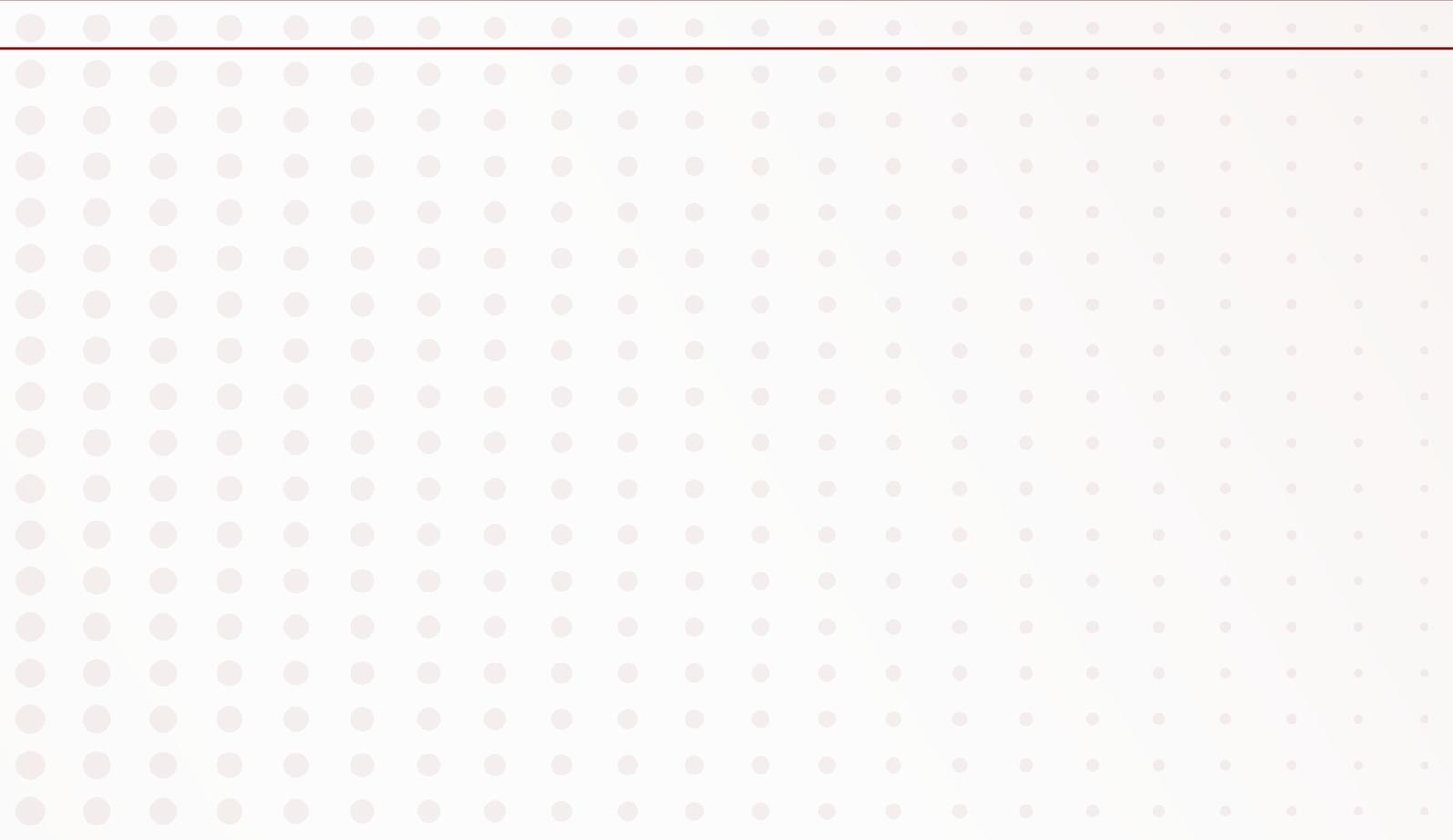
Editor-Chefe da Revista do MPC-PR





.....

# artigos científicos



# artigos científicos

## HISTORICIDADE NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: EM BUSCA DA FUNDAMENTALIDADE

### *HISTORICITY IN ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND IN SUBSTITUTION PREGNANCY: IN SEARCH OF FUNDAMENTALITY*

**Maria Jose Cavalcante Correia de Lira<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Intervenção Psicossocial à Família no Judiciário pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau/ESMAPE. Pós-graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instituição Cristã. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Código ORCID ID: 0009-0005-0715-9449.  
*mariamariacc@bol.com.br*

Recebido/Received: 22.08.2022/ August 22th, 2022.  
Aprovado/Approved: 03.07.2023/ July 3th, 2023.

#### **RESUMO**

A reprodução humana natural sempre despertou a curiosidade dos estudiosos, desde os mais antigos pensadores até os cientistas mais modernos. A partir do projeto genoma vislumbrou-se um vasto campo científico nesta área, que experimentou enorme evolução. A partir da compreensão da reprodução humana natural, os pesquisadores caminharam na direção dos problemas de infertilidade, desenvolvendo o campo da reprodução humana medicamente assistida. No Brasil, a técnica de reprodução humana assistida tem caminhado a passos largos, devido à dedicação e excelência dos profissionais de saúde, que se especializam cada vez mais, levando o País à credibilidade e referência internacional. No aspecto jurídico, contudo, o Brasil não tem avançado, e o Poder Legislativo brasileiro ainda não atuou para a regulamentação desta técnica. Não temos lei em sentido estrito que discipline a matéria, o que dificulta a ação profissional e o acesso dos que precisam. O presente trabalho, utilizando a metodologia da Pesquisa Bibliográfica, propõe-se a analisar a existência ou não de um direito fundamental à reprodução humana assistida e à gestação de substituição, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e respaldar a feitura de leis que tragam segurança jurídica para executores e beneficiários das técnicas utilizadas. O texto está estruturado em Introdução, A reprodução humana através dos tempos, a reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O contexto Legal da Reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida e à

maternidade de substituição, e, por fim, uma Conclusão, afirmando as referidas técnicas como direito fundamental a reclamar uma legislação específica.

**Palavras-chave:** Reprodução Assistida. Direito Fundamental à Reprodução Humana Assistida e à Gestação de Substituição. Infertilidade.

## ABSTRACT

Natural human reproduction has always aroused the curiosity of scholars, from the oldest thinkers to the most modern scientists. From the genome project, a vast scientific field was glimpsed in this area, which experienced enormous evolution. From the understanding of natural human reproduction, researchers moved towards infertility problems, developing the field of medically assisted human reproduction. In Brazil, the assisted human reproduction technique has taken great strides, due to the dedication and excellence of health professionals, who are increasingly specializing, leading the country to international credibility and reference. In the legal aspect, however, Brazil has not advanced, and the Brazilian Legislative Power has not yet acted to regulate this technique. We have no law in the strict sense that regulates the matter, which makes professional action and access difficult for those in need. The present work, using the Bibliographic Research methodology, proposes to analyze the existence or not of a fundamental right to assisted human reproduction and surrogacy, based on the constitutional principle of the dignity of the human person and to support the making of laws that bring legal security to executors and beneficiaries of the techniques used. The text is structured in Introduction, Human reproduction through time, medically assisted human reproduction in Brazil; The legal context of medically assisted human reproduction in Brazil; The fundamental right to medically assisted human reproduction and surrogacy, and, finally, a Conclusion, affirming the aforementioned techniques as a fundamental right to claim specific legislation.

**Keywords:** Assisted reproduction. Fundamental Right to Assisted Human Reproduction and Surrogacy. Infertility.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A REPRODUÇÃO HUMANA ATRAVÉS DOS TEMPOS. 1.1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL; 2. CONTEXTO LEGAL DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL; 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A reprodução humana natural sempre foi interesse de pesquisadores pelo mundo e a partir dela a questão da esterilidade e a busca de técnicas para o seu enfrentamento são interesse constante dos cientistas. Mas, se os avanços científicos nesse campo são imensuráveis, no plano legal o atraso é inconcebível e no Brasil a questão vem sendo conduzida, sobretudo, por resoluções do Conselho Federal de

Medicina, na falta de uma legislação adequada, contemplando a dignidade da pessoa humana e um direito fundamental.

O desenvolvimento social, ao longo da história, tem levado o homem à necessidade de lutar por direitos fundamentais, buscando reconhecimento de direitos mínimos, a que faz jus, pelo simples fato de pertencer à raça humana. Inicialmente, os direitos foram reivindicados a partir do trinômio liberdade, igualdade e solidariedade<sup>1</sup>, denominados pela doutrina, respectivamente, de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões) de direitos. Atualmente, doutrinadores (como Norberto Bobbio) constroem a quarta geração de direitos, que se refere ao direito à democracia, à informação, ao pluralismo e à bioética. Esta última correspondendo ao futuro da cidadania e a proteção à vida, tendo em vista o desenvolvimento da engenharia genética.

Diante desta realidade, o objetivo do presente artigo é investigar e responder ao problema se a reprodução humana assistida e a maternidade de substituição são ou não direitos fundamentais, a fim de respaldar a urgência de regulamentação sobre a matéria e a edição de lei, em sentido estrito, que regule a prática dessas atividades médicas que, embora muito aplicadas nos dias atuais, carecem de lei e, como consequência, a implementação de políticas públicas que visem a proteger e amparar casais que dela necessitem, seja na cobertura do tratamento por convênios médicos, por exemplo, ou pelo próprio SUS.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica e a estrutura do texto deste artigo está organizado em Introdução, abordando direitos fundamentais, questões reprodutivas e infertilidade e o vazio legal nesse campo; A reprodução humana através dos tempos, tratando dos estigmas da esterilidade, os avanços científicos no campo da reprodução humana e os cientistas de referência no mundo e no Brasil; A reprodução humana medicamente assistida, no Brasil, tratando da Sociedade Brasileira de Esterilidade, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e a obtenção da credibilidade internacional, em 1995; O contexto legal da reprodução humana medicamente assistida, no Brasil; O direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida e à maternidade de substituição, e, por fim, as considerações finais, defendendo que as duas técnicas são direitos humanos fundamentais a reclamar legislação específica.

A Bíblia já relata histórias de mulheres inférteis que não conseguiam constituir descendência para seus maridos, sendo, por isso, vistas com desprezo e consideradas malditas. A impossibilidade de gerar era vista pela sociedade da época como maldição e castigo. Já a fertilidade como bênção divina. Diversos livros bíblicos, como Gênesis e I Samuel tratam de infertilidade como castigo, maldição, desprezo. Mulheres inférteis são criticadas, estigmatizadas e vistas como pessoas inferiores, algumas findando por serem abandonadas<sup>2</sup>.

1 BRANDÃO, Claudio. (Organizador). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. 2014, p. 13.

2 DUARTE e RECKZIEGEL, 2015.

No presente estudo, como dissemos, afirmaremos, a partir da pesquisa, que a reprodução humana assistida e a gestação de substituição são direitos fundamentais ligados ao direito à saúde, constitucionalmente protegidos, o que possibilita a implementação de garantias legais para sua viabilização.

## 1. A REPRODUÇÃO HUMANA ATRAVÉS DOS TEMPOS

Na Antiguidade, casais inférteis eram considerados inferiores e esquecidos pelos deuses, pela incapacidade de gerar descendentes, enquanto os férteis eram considerados abençoados pelos deuses. O estigma era tão forte que, na Grécia antiga, a mulher infértil era considerada um rio seco, causa do término do matrimônio. Ela poderia ser abandonada pelo marido, sem qualquer provisão, restando-lhe a prostituição como único meio de sobrevivência. Já a infertilidade masculina dava à esposa o direito a um amante que lhe gerasse um filho. Este, porém, era considerado descendência do esposo<sup>3</sup>.

O interesse no estudo da reprodução humana se iniciou com o estudo da reprodução dos animais. Hipócrates, em 460 a.C., entendia que o feto era resultado da mistura das sementes, uma masculina e uma feminina. Em 350 a. C., Aristóteles chegou a escrever a Obra “A geração dos animais”<sup>4</sup>.

A partir do renascimento, Século XVI, a descoberta do microscópio muito auxiliou o conhecimento dos cientistas da época. As dissecações do corpo humano e de outros animais permitiram que o estudo avançasse e teve como nome de destaque o médico judeu português João Rodrigues de Castelo Branco, que assinou suas Obras como Amato Lusitano. Ele descreveu os órgãos genitais masculino e feminino e o desenvolvimento embrionário. Também escreveu a Obra “Centúrias de Curas Medicinais”. Uma Obra dividida em sete livros, que narram casos por ele tratados, uma espécie de diário de sua prática da medicina, em que descreve o tratamento indicado e o resultado. Grande foi a sua contribuição para a reprodução humana assistida<sup>5</sup>. O termo “centúrias” se refere aos casos clínicos catalogados em centenas. Ele tratou inúmeros casos de disfunção sexual, de sua época, e acreditava ser possível a gravidez mesmo sem a relação sexual completa, desde que houvesse emissão de sêmen.

Ainda no Século XVI, por volta de 1578, o médico inglês William Harvey defendeu a formação dos animais a partir de estruturas que denominou de “ovo” e Anton Van Leeuwenhoek, por volta de 1632, descobriu pequenas células no líquido seminal que conhecemos hoje como espermatozoides, por ele denominadas de “animálculos”. Nestes mesmos idos, outros estudiosos faziam relevantes descobertas: Gabrielle Falópio, anatomista italiano, descreveria as trompas, denominadas de “trompas de falópio”, em sua homenagem; Graaf, médico fisiologista holandês defende

3 JOPPERT JUNIOR et al, 2002, p. 02.

4 CARNEIRO-CARVALHO e RODRIGUES, 2019, p.513.

5 *Ibidem*.

que os ovos eram contidos no interior de testículos, que denominou de “ovários”. Charles Bonnet descreve esses ovos como folículos ováricos (folículos de Graaf, em homenagem a Régnier de Graaf). O Século XVII finaliza com a compreensão de que todas as fêmeas possuem ovos.

As disfunções sexuais masculinas também preocupavam os médicos, havendo relatos de casos como do Rei Luís XVI e Napoleão Bonaparte. Pela importância desses personagens é possível concluir os impactos da constatação e interesse dos pesquisadores em resolver as dificuldades reprodutivas de figuras tão importantes.

No que se refere à reprodução assistida, tem-se as primeiras notícias sobre o tema no Século XVI, com a inseminação artificial de cavalos, com o objetivo de se obter uma raça mais resistente. No entanto, o primeiro registro científico de inseminação artificial com sucesso ocorreu em 1779, pelo italiano Lázaro Spalanzani, que inseminou artificialmente cães e rãs, obtendo sucesso com uma cadela que pariu três filhotes<sup>6</sup>.

Em seres humanos, a primeira tentativa de inseminação artificial que se tem notícia ocorreu em 1461, quando o físico judeu Yusef Bem Yahia inseminou a infanta de Portugal Joana de Avis, rainha de Castela, com o objetivo de obter descendência de seu marido, Enrique IV de Castela, que tinha problemas de fertilidade, porém não houve sucesso. Em 1785, final do Século XVIII, o cirurgião escocês John Hunter tentou inseminar uma mulher com o sêmen de seu marido, com problemas na uretra, que o deixava infértil, mas a tentativa também não foi exitosa. Ainda em 1785, houve sucesso de uma inseminação artificial onde o decano da faculdade de medicina de Paris, Thouret, fecundou a sua esposa que era estéril. Em 1790, o Dr. John Hunter obteve êxito com uma mulher. Nesse mesmo Século, houve grande avanço nas pesquisas científicas com animais, especialmente com a descoberta da possibilidade de congelamento prolongado dos espermatozóides, fato determinante para o avanço nessa área.

Em 1866, Jaime Marion Sims conseguiu inseminar, com êxito, uma mulher. A partir de então, a inseminação artificial tornou-se comum entre mulheres de soldados americanos, que lutaram na segunda guerra mundial e soldados ingleses, que lutaram na guerra da Coreia<sup>7</sup>.

O Século XX é marcado por descobertas da relação entre DNA e hereditariedade, da teoria hormonal e o papel da hipófise na reprodução humana. Tais descobertas contribuem significativamente para o avanço das pesquisas no campo da reprodução humana assistida e a obtenção de resultados cada vez mais exitosos.

Nos anos seguintes, foi desenvolvida a técnica de fertilização *in vitro*. Em 1944, o ginecologista da Universidade de Harvard, John Rock, juntamente com a geneticista Miriam Menkin, conseguiu produzir o primeiro embrião humano em laboratório e publicou as imagens das primeiras divisões celulares do embrião, na revista Science, mas não houve implantação em paciente<sup>8</sup>.

6 *Ibidem*, p.516.

7 *Ibidem*.

8 ORTONA, 2019, p.2.

Em 1978, os doutores ingleses Robert Edwards e Patrick Steptoe conseguiram sucesso na técnica de fertilização *in vitro*, tratando o casal Lesley Brown de Bristol e seu marido John. Em 25 de julho de 1978, nasce o primeiro bebê fruto dessa técnica, Louise Brown. Em 1980, os dois médicos fundaram a Bourn Hall Clinic, a primeira unidade de fertilização *in vitro* do mundo, com verbas privadas. Em 2010, Edwards recebeu o Prêmio Nobel de Medicina, por seu pioneirismo na técnica de fertilização *in vitro*. Steptoe não compartilhou a premiação por haver falecido, em 1988<sup>9</sup>.

Após o breve relato histórico da reprodução humana assistida no contexto mundial, situaremos a questão no Brasil, visto que, obviamente, paralelamente aos avanços das pesquisas pelo mundo. Em nosso país as pesquisas também aconteciam, conduzindo nossos conhecimentos sobre o tema a posição de destaque no cenário internacional.

### 1.1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

No Brasil, a gênese das pesquisas sobre reprodução humana surgiu com a criação da Sociedade Brasileira de Esterilidade (SBE), em 26 de dezembro de 1947, numa reunião científica ocorrida na sede da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, cujo objetivo era o cuidado com questões referentes à esterilidade, prevenção e sequela de abortos, anticoncepção e assistência à maternidade em todos os aspectos. No início do ano seguinte, o estatuto da referida sociedade definiu como propósito da instituição o estudo da esterilidade e o incentivo de criação de clínicas especializadas no assunto, nos hospitais do País<sup>10</sup>.

A partir de então, a reprodução humana ganhou importância no Brasil e no início da década de 1970 já existia o centro de planejamento familiar de São Paulo, referência em diagnóstico e tratamento de esterilidade conjugal, que utilizava o conhecimento japonês, importado da Keio University.

Mas, as faculdades de medicina ainda ofereciam um conhecimento ínfimo na área de reprodução humana e, em todo país, apenas as Universidades Federais da Bahia, Juiz de Fora e Paraná ofereciam a disciplina. Os pesquisadores mais interessados desenvolviam seus trabalhos individualmente, chegando a publicar em revistas importantes, que serviram como referência posteriormente, dentre eles se destacaram Elsimar Coutinho, Hugo Maia e Climério de Oliveira<sup>11</sup>.

O trabalho, contudo, era mais direcionado à questão do planejamento familiar com ênfase em métodos contraceptivos, pois havia uma preocupação governamental em relação à explosão demográfica no Brasil. Embora tenham sido criados alguns laboratórios de biologia reprodutiva, onde se desenvolviam trabalhos experimentais<sup>12</sup>.

9 PINCOCK, 2013.

10 PEREIRA, 2011, p. 60.

11 PEREIRA, 2011, p. 59.

12 *Ibidem*.

Em 1974, a Sociedade Brasileira de Esterilidade realizou um congresso de reprodução humana, no Rio de Janeiro, memorável, segundo Pereira, tendo o Dr. Campos da Paz conseguido reunir os 50 maiores especialistas do mundo, na área de reprodução humana, que vieram da Europa, Ásia, América do norte e América latina. No evento, ocorreu a mudança do nome da Sociedade Brasileira de Esterilidade para Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH), agora com representatividade nacional, e o Dr. Milton Nakamura assumiu a presidência da novel SBRH, tendo sua sede sido transferida para São Paulo<sup>13</sup>.

A partir de então, segundo Pereira<sup>14</sup>, houve grande avanço tecnológico na medicina reprodutiva brasileira e, na segunda metade da década de 70, a cirurgia laparoscópica conseguiu devolver a fertilidade de muitos casais, com a reversão de laqueaduras e vasectomias. Surgiram novos paradigmas que aproximariam a medicina reprodutiva brasileira ao “admirável mundo novo, idealizado por Aldous Huxley”.

Na década de 1980, a reprodução humana brasileira experimentou grande evolução na área da reprodução humana assistida, quando o Dr. Milton Nakamura passou a realizar fertilização *in vitro* em pacientes, inspirado no sucesso alcançado na Inglaterra, pelos Drs. Steptoe e Edwards, o que proporcionou o nascimento do primeiro bebê de proveta do país. O Dr. Nakamura passou a realizar fertilizações *in vitro* em pacientes, auxiliado por uma equipe de médicos da Universidade de Melbourne (Austrália). Os procedimentos eram realizados no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, com a cobertura da Rede Globo. Os óvulos, nesta época, eram coletados por laparoscopia e num desses procedimentos ocorreu um acidente anestésico e uma das pacientes foi a óbito. Essa tragédia paralisou a continuidade dos estudos, que só foram retomados, pelo Dr. Nakamura, em 1983, conseguindo sucesso, em 1984, com a gravidez e nascimento de Ana Paula Caldeira, em São José dos Pinhais, Paraná. Entretanto, o mérito do primeiro êxito é reivindicado pelo Dr. Nilson Donadio, que teria conseguido o nascimento de um bebê meses antes, na Santa Casa de São Paulo, guardando o fato em segredo, até então, por questões éticas impostas pela Santa Casa<sup>15</sup>.

Nesse contexto foram implantados os primeiros laboratórios de reprodução humana da América do Sul, um na faculdade de medicina da Santa Casa de São Paulo, em 1982, e outro no hospital das clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais.

Em 1990, havia centros de reprodução assistida em outras capitais brasileiras, como Curitiba, Salvador, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife. Grandes eram os obstáculos, pois faltavam biólogos treinados, os equipamentos eram muito caros, o meio de cultura celular inadequado, apesar dos desafios e obstáculos, os resultados eram animadores.

O avanço tecnológico favoreceu a técnica de reprodução assistida, como a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), técnica que permite a introdução do espermatozoide selecionado dentro do óvulo, promovendo a fecundação fora do útero, e o aperfeiçoamento do congelamento de embriões, através da técnica de

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*, p. 61

vitrificação, que permite maior preservação dos mesmos, bem como a contribuição dos geneticistas com o diagnóstico genético dos embriões, antes de transferidos para o útero, identificando possíveis problemas genéticos; tudo isso potencializa as chances de sucesso dos procedimentos de reprodução humana assistida.

Nessa direção, em 1995, foi criada a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA) e o Brasil foi colocado em primeiro lugar em número de procedimentos de reprodução assistida, o que confere ao nosso país a credibilidade na área<sup>16</sup>, fato de imensa importância no campo científico.

Enquanto, em 2014, na Suécia, foi realizado, com sucesso, o primeiro transplante de útero entre doadoras vivas e, por este método, já se obteve três gestações. No Brasil, em 2016, aconteceu o primeiro nascimento de uma criança gestada a partir de um útero transplantado de uma doadora falecida. Este fato foi publicado no *The Lancet Journal*, a melhor revista de medicina do mundo, em 2018<sup>17</sup>. Segundo o artigo da *The Lancet*, nunca havia ocorrido, até então, o nascimento de uma criança viva, gerada em útero transplantado de doadora falecida, o que lançava dúvidas sobre a viabilidade de um útero submetido a isquemia prolongada. O transplante aconteceu em setembro de 2016, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo. A receptora do órgão tinha 32 anos e nasceu sem o útero. Sete meses após o transplante, houve a transferência de embrião e ocorreu a gestação com sucesso. O bebê do sexo feminino nasceu saudável, no dia 15 de dezembro de 2017, de parto cesariano, oportunidade em que o útero transplantado também foi retirado. De acordo com o artigo, este resultado vislumbra um novo “conceito para o tratamento da infertilidade uterina por transplante de uma doadora falecida, abrindo um caminho para uma gravidez saudável para todas as mulheres com infertilidade de fator uterino, sem necessidade de doadoras vivas ou cirurgia de doadoras vivas”<sup>18</sup>.

## 2. CONTEXTO LEGAL DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

A infertilidade é resultado de vários fatores, como doenças, malformações congênitas, endometriose, câncer e seus tratamentos (cirurgias, quimioterapia e radioterapia). O adiamento da gravidez, em função de um projeto profissional e, até mesmo, por ausência de um parceiro “ideal”. Ao se descobrir infértil, muitas mulheres podem se sentir absolutamente devastadas e se veem em profunda crise emocional e existencial<sup>19</sup>. Nessa direção, Miranda cita uma pesquisa realizada por Apfel e Keylor, em 2002, onde descreve que mulheres com infertilidade crônica possuem o perfil psicológico semelhante ao das mulheres com câncer, cardiopatia ou HIV, sentimentos de ansiedade, dor, desesperança, depressão, raiva, inveja e perda da sexualidade. Há a associação da sexualidade com a fertilidade<sup>20</sup>.

16 JUNIOR, 2002, *apud* ALVES e SOUZA, 2016, p.29.

17 ORTONA, 2019, p.3.

18 *Ibidem*.

19 MIRANDA, 2005, p.24.

20 *Ibidem*.

Ressalte-se que, durante o tratamento da infertilidade, muitas mulheres experimentam todos esses sentimentos e as tentativas de engravidar podem paralisar investimentos em outras áreas de suas vidas. Grande parte das mulheres modernas investem boa parte de suas vidas num projeto profissional e a infertilidade lhe faz refletir acerca da finalidade desse investimento de uma vida inteira, sobre quem herdará todo esse investimento e se o mesmo valeu a pena, mergulhando numa crise existencial.

A infertilidade trata-se de uma doença catalogada no Código Internacional de Doenças (CID 10), sob os números N97 (infertilidade feminina) e N46 (infertilidade masculina), que muitas vezes permanece silenciosa ou eclode como um sintoma: dores abdominais causadas por endometriose, cuja consequência é a infertilidade<sup>21</sup>.

A referida doença possui tratamento adequado, em razão do desenvolvimento da ciência e da medicina, e traz impactos sociais de grande relevância, em especial na área jurídica. Se antes o direito se ocupava dos direitos personalíssimos do nascido com vida e dos direitos sucessórios após a morte, com a reprodução humana assistida discute-se a regulamentação de fatos anteriores ao nascimento com ou sem vida, que é o embrião; e de fatos relacionados ao nascimento, porém posteriores à morte, que é a implantação de embriões criopreservados<sup>22</sup> após a morte dos pais<sup>23</sup>.

Apesar da relevância e impactos na vida cotidiana das pessoas, o tema carece de regulamentação de lei *stricto sensu*, vendo-se disciplinada apenas por dispositivos de leis genéricas e esparsas e por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, em razão da lacuna do ordenamento jurídico, prevalece com força de lei, embora emanada de um Conselho de fiscalização ética da prática da medicina.

A partir do exposto nesta seção, ainda não é possível afirmar a existência de um direito fundamental à reprodução humana assistida no nosso sistema normativo, pois como temos observado, apesar da importância do tema e da busca cada vez maior da sociedade pelas técnicas de reprodução humana assistida, a legislação *stricto sensu* ainda está muito aquém do necessário para ações profissionais seguras e o adequado acesso dos que precisam do procedimentos, seja pelo sistema privado, seja pelo sistema público de saúde.

### 3. O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

De início, abordaremos os direitos fundamentais na perspectiva de sua evolução histórica. Essa categoria de direitos surgiu aos poucos, ao longo da história, decorrentes de grandes lutas dos que se viam oprimidos pelo poder totalitário de um governante e sua origem decorre dos direitos naturais (aqueles inerentes à condição humana) dos quais todos são titulares, pelo simples fato de pertencer à raça humana.

21 SANTANA, 2021.

22 Processo onde células ou tecidos biológicos são preservados através do congelamento a temperaturas muito baixas, geralmente 196°C.

23 DANTAS, 2021.

As primeiras notícias acerca de direitos humanos acontecem no período axial (Séculos VIII a II a. C.), quando se vislumbra a ideia de igualdade entre os homens, como seres dotados de razão e liberdade, premissas que permitem a compreensão dos direitos básicos do ser humano. Mais tarde, na antiguidade, a religião cristã e a filosofia inspiram o jusnaturalismo e sua concepção de que o homem é detentor de uma cartela mínima de direitos inalienáveis, pelo simples fato de haver nascido na raça humana. Nesse contexto tem-se a Carta Magna do Rei João Sem Terra, em 1215, como o embrião da primeira declaração de direitos fundamentais. A referida Carta é considerada um avanço legislativo, um marco histórico, não por consagrar diretamente direitos fundamentais aos homens comuns, em especial a liberdade, mas por reconhecer privilégios aos barões feudais e ao clero, limitando, assim, o poder arbitrário da realeza na Inglaterra. Os princípios consagrados nesta Carta Magna influenciaram o liberalismo dos Séculos XVII e XVIII, a revolução francesa e a independência americana e, por consequência, as declarações de direitos de 1776 e 1789 que garantiam direitos básicos como o *habeas corpus* e o devido processo legal<sup>24</sup>.

É no Século XVII que o jusnaturalismo se afasta da religião e sofre um processo de racionalização. Os direitos básicos do homem decorrem de sua condição humana e não mais da vontade de Deus. Consequentemente, esses direitos são uma barreira ao arbítrio do Rei. Daí ocorre a racionalização do direito natural, denominado jusnaturalismo, o qual entende existir um conjunto de direitos mínimos, inerentes a todo ser humano, imutáveis e oponíveis universalmente, o que vai influenciar as Declarações de Direitos francesa e inglesa<sup>25</sup>.

Foi em 1776, na colônia americana da Virgínia, que surgiu a primeira declaração de direitos protegendo a vida, a liberdade, a propriedade e a proteção contra a opressão, o que inspiraria as demais colônias americanas a declararem direitos semelhantes, bem como à constitucionalização dos direitos fundamentais, em 1791. Já a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi importante para a universalização desses direitos, por defendê-los para todos, independentemente de raça ou classe social. Paulo Bonavides destaca a importância dessas declarações, contudo diferencia sua abrangência. Enquanto as declarações inglesa e americana destinavam-se a uma classe privilegiada (os barões feudais), a francesa destinava-se ao gênero humano como um todo, fato que foi decisivo para a constitucionalização dos direitos fundamentais nos séculos seguintes<sup>26</sup>, bem como para sua inclusão Tratados e Convenções Internacionais.

Desde o surgimento, reconhecimento e constitucionalização diversas foram as mudanças sofridas por esses direitos, razão pela qual a doutrina os categoriza de gerações ou dimensões de direitos. Para Marques<sup>27</sup>, o termo geração de direitos transmite a ideia de substituição, como se a segunda geração substituísse os direitos da geração anterior, o que não ocorre. Já o termo dimensão pressupõe a ideia de

24 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.5.

25 *Ibidem*, p.5 e 6.

26 *Ibidem*, p.6 e 7).

27 2014, p. 152 a 153.

que os direitos coexistem, não havendo superação entre as dimensões, daí porque a doutrina prefere esta última expressão.

De acordo com seu reconhecimento nos textos constitucionais, esses direitos são classificados como de primeira, segunda e terceira dimensão, havendo atualmente correntes doutrinárias (defendidas por autores como Norberto Bobbio) que constroem uma quarta e até quinta dimensão de direitos<sup>28</sup>, como já mencionado.

Pautadas no liberalismo da época, em que o anseio da sociedade era a liberdade, em relação ao governante despótico, e a não intervenção estatal nas relações privadas, surgem os direitos fundamentais de primeira dimensão, cuja finalidade era limitar a interferência do estado nas relações privadas, através da positivação dos direitos civis e políticos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, ao devido processo legal e ao *habeas corpus*, todos relacionados ao homem como indivíduo e, por esta razão, esses direitos de primeira dimensão são considerados direitos individualistas<sup>29</sup>.

A partir da garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão, surge o estado liberal, que se priva de interferências nas atividades econômicas e na autonomia contratual de sua população. Ao estado é imposta a obrigação de não agir, ou seja, uma obrigação negativa em relação à sociedade, respeitando a iniciativa privada e a liberdade de contratar.

Ao final do Século XVIII, surge a industrialização e as grandes indústrias de produção em massa. Já no Século XIX a Europa vivia a Revolução Industrial que trazia consigo graves problemas sociais e trabalhadores em situação de exploração e pobreza extrema, fato agravado, e muito, pela Primeira Guerra Mundial, que deixou a Europa devastada e uma população organizada em movimentos que reivindicavam direitos trabalhistas e sociais.

Desta realidade social as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 trazem em seu bojo os direitos sociais de segunda dimensão, quais sejam, direitos sociais dos trabalhadores, direitos econômicos e culturais. Neste contexto, o estado assume um papel social intervencionista, com o fim de coibir a exploração de trabalhadores por seus patrões sendo, assim, um estado cuja função é promover o bem-estar social. Para isso, deveria garantir limitação de jornada de trabalho, salário mínimo, férias, repouso semanal, entre outros direitos. São, assim, direitos que impõem ao estado uma obrigação de fazer, a obrigação de garantir ao cidadão a não exploração de sua mão de obra pelo seu patrão. Esses direitos de segunda dimensão são direitos de caráter coletivo.

Na segunda metade do Século XX, o mundo atravessa grande crise decorrente de duas guerras mundiais, que deixaram vários países arrasados e muitas atrocidades cometidas, a exemplo da utilização de armas atômicas e do holocausto de judeus.

28 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.4.

29 *Ibidem*, 2015, p.7.

O planeta está em risco e se verifica a necessidade de se impor limites e regras que garantam a existência do homem na terra e das gerações futuras. É necessário proteger os rios, os mares, a biodiversidade, os mananciais, a fauna e a flora, garantindo, assim, a existência de vida na Terra. Daí surgirem os direitos de terceira dimensão: aqueles destinados à proteção da natureza, do patrimônio histórico e cultural, enfim, que protegem interesses de todo um grupo social e das futuras gerações. Por isso diz-se que são direitos coletivos e transindividuais<sup>30</sup>.

Nossa vigente Constituição Federal tratou dos direitos e garantias fundamentais no Título II, classificando-os em direitos e deveres individuais, direitos e deveres coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos. Neles, o constituinte enumerou um rol extenso de direitos e garantias inerentes ao ser humano. Cuidou, contudo, de possibilitar a inclusão, nesse rol, de direitos outros que porventura sejam decorrentes dos princípios adotados pela Constituição, ou dos Tratados Internacionais que o Brasil venha ratificar (art. 5º, § 2º). Essa possibilidade possui respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República, adotados pela Carta Magna de 88. Conforme lição de Daniel Sarmento, é este princípio que permite direitos fundamentais “que não estejam inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, correspondentes ao Título II da Carta de 88, que vai do seu art. 5º ao art. 17”<sup>31</sup>. São os chamados direitos materialmente fundamentais, isto é, aqueles constantes do texto constitucional, mas não inseridos no rol do título II, assim considerados a partir do conceito aberto adotado no art. 5º, § 2º da Carta. Já os direitos formalmente fundamentais são aqueles expressamente elencados no rol do título II, que não é taxativo, apenas enumerativo.

A Constituição, pois, possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em Tratados Internacionais que o Brasil venha ratificar. Este também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já admitiu que os direitos fundamentais individuais e coletivos não se restringem ao rol do art. 5º da Constituição, mas permeia todo o texto constitucional, bem como pode ser encontrado nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Julgando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, que, em seu art. 2º, autorizou a União a instituir o imposto provisório sobre movimentações financeiras (I.P.M.F), o Tribunal Pleno do STF reconheceu que a referida Emenda Constitucional violava o princípio da anterioridade tributária, reconhecendo-o como “garantia individual do contribuinte”<sup>32</sup>. Note-se que o princípio da anterioridade não consta do rol do art. 5º da Constituição, pois é matéria tributária constante do art. 150, Inc. III, “b” da Carta e foi declarado como garantia individual pela Suprema Corte, *in verbis*,

30 *Ibidem*, p.9.

31 SARMENTO, 2016, p.84.

32 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.9-10.

EMENTA – Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de Inconstitucionalidade de Ementa Constitucional e de Lei Complementar. IPMF: Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, ‘b’, e VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição Originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (Art. 102, I, ‘a’, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no Art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o Art. 150, III, ‘b’ e VI da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º – o **princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte** (Art. 5º, § 2º, Art.60, § 4º, inciso IV, e Art. 150, III, ‘b’ da Constituição); [...]. STF – Tribunal Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994, p.5165 (grifo nosso).

Este entendimento respalda-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, e fonte de todos os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Sobre a dignidade da pessoa humana, analisando o pensamento de Kant, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>33</sup> conclui que

[...] pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito humano ou fundamental, mas, enquanto princípio estruturante e fundamental do Estado e da ordem internacional, é a fonte e fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, para Meirelles e Resende, atua como critério de identificação de direitos humanos e fundamentais, e é neste cenário jurídico que se pode afirmar que o sistema de normas e princípios do nosso Estado consagra o direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida, a partir da atividade interpretativa do aplicador do direito, de extrema importância na tarefa de tornar a sentença fria da norma em direito aplicável ao caso concreto. Segundo os referidos autores<sup>34</sup>

A atividade do intérprete e do aplicador do Direito tem especial relevância, uma vez que não consiste em meramente descrever o sentido prévio dos dispositivos, mas construir a partir dos textos seus significados, adaptando-os, inclusive, às novas realidades sociais, econômicas, tecnológicas, culturais e ambientais da atualidade, pois “o intérprete não somente constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados e construídos ao uso linguístico na comunidade do discurso<sup>35</sup>.

33 SARLET, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2012, p. 84 e 95, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.12.

34 *Ibidem*.

35 ÁVILA, 2008, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.13).

Os referidos autores defendem que os direitos fundamentais decorrem de normas construídas com fundamento em determinado comando normativo-constitucional e, por isso, possível se reconhecer direitos fundamentais não explícitos no texto constitucional. Obviamente, há de se reconhecer limites à discricionariedade hermenêutica, a qual se verifica no sentido semântico-literal do texto, não cabendo ao intérprete, no momento de interpretar um dispositivo constitucional, atribuir-lhe sentidos que não condizem com o que consta do texto. Noutras palavras, a atividade hermenêutica não pode dizer mais do que o legislador constitucional quis dizer<sup>36</sup>. Contudo, o texto constitucional vigente é repleto de conceitos ou cláusulas abertas que permitem ao aplicador do direito o exercício da função hermenêutica mais ampla. Um exemplo direito à vida privada e à intimidade, explicitados no texto constitucional.

Para os autores citados esse direito não se restringe à privacidade no sentido de reclusão, solidão ou não publicidade de fatos cotidianos, mas inclui, também, a privacidade nas relações profissionais, sociais e pessoais. A “vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior”<sup>37</sup>.

Neste mesmo sentido, a decisão de ter ou não filhos, o momento de tê-los, se serão filhos genéticos ou não, são direitos decorrentes do direito à vida privada, são corolários deste direito, e incluem a autonomia reprodutiva e a saúde reprodutiva, garantindo, assim, o pleno acesso às modernas técnicas de reprodução humana medicamente assistida (que para nós inclui a técnica de gestação de substituição). Para os autores a não prestação de assistência à reprodução assistida poderia configurar violação ao direito à vida privada, à autonomia e liberdade reprodutiva<sup>38</sup>.

Dworkin, na Obra “Uma Questão de Princípio”<sup>39</sup>, dedica o capítulo 5 a responder a indagação: “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?” O referido autor aborda a questão do direito como interpretação, defendendo que o aplicador do direito exerce uma função interpretativa e, no exercício dessa função, exige argumentos de política ou de princípios.

Para essa diferenciação entre direito e política seria necessário demonstrar até que ponto as decisões judiciais teriam como fundamentos argumentos de política ou de princípio. Neste propósito, Dworkin evita respostas simplistas e toscas, rejeitando as duas opiniões mais populares e polarizadas: a de que Direito e política são conceitos totalmente antagônicos e independentes e a de que convicções políticas não devem repercutir nas decisões jurídicas. Sua opinião é oposta: afirma ser Direito e Política exatamente a mesma coisa e a política exerce forte influência sobre o direito. O autor explica sua rejeição aos dois argumentos: essas visões simplistas ignoram o fato de que os juízes devem imprimir em seus julgamentos

36 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.13).

37 Corte Interamericana de Direitos Humanos, apud MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.14).

38 *Ibidem*, p. 14.

39 2001, p.175 e seguintes.

convicções políticas que acreditam, de boa fé, poderem integrar a cultura jurídica e política da comunidade. E, em segundo lugar, as visões superficiais não lançam luz na diferenciação entre princípio e política: os argumentos de política têm por objetivo o bem estar da comunidade, enquanto os argumentos de princípio têm por objetivo o bem estar individual, baseado em direitos individuais, mesmo que sejam piores para a comunidade.

Dessa forma, Dworkin defende que decisões judiciais são uma questão mais de princípio que de política, especialmente nas questões judiciais controversas. Esta é a temática que permeia essa primeira parte da Obra: como os juízes decidem e deveriam decidir casos controversos? Para o autor, não existe decisão neutra, só existe decisão imparcial. Ou seja, toda decisão é, necessariamente, política, uma vez que o juiz traz consigo suas compreensões preconceitos e visões do mundo, como qualquer outra pessoa. Quando um juiz opta por uma das partes, ao proferir sua decisão, realiza uma tarefa política, embora não se trate de política partidária, fundamenta-se nas experiências e vivências que o juiz, como qualquer outra pessoa, possui<sup>40</sup>.

O citado autor também aborda o conceito de “estado de direito”, apontando diferenças entre as duas concepções existentes acerca do tema: a concepção centrada no texto legal, quando existe um conjunto de normas públicas (livro de regras) à disposição de todos os cidadãos e às quais todos devem se submeter, inclusive o Estado, até que elas sejam mudadas; e a concepção centrada nos direitos, que pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, que devem ser reconhecidos no direito positivo.

Nesse aspecto, existe uma conexão com a reprodução humana assistida. A família é uma instituição protegida constitucionalmente, no direito brasileiro, artigo 226, caput, e §7º da CF, assim como o direito ao livre planejamento familiar. Tratam-se, portanto, de princípios constitucionais e garantem o direito à formação de família e ao livre planejamento familiar (direito à contracepção e à procriação). Este último, de forma natural ou mediante técnicas de reprodução assistida.

O direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal), definido como direito de todos e dever do Estado, também se relaciona ao direito à reprodução humana assistida, uma vez que a infertilidade é tipificada, no CID 10, como doença, conforme já mencionado anteriormente.

As mudanças sociais e o desenvolvimento da ciência têm ocorrido de modo tão rápido que seria impossível a existência de um sistema de normas que previsse todas as hipóteses de conflitos. Tendo em vista a insuficiência do sistema jurídico, faz-se mister ao julgador desvincular-se do legalismo e lançar mão de sua discricionariedade, para decidir o caso concreto, valorizando os direitos individuais (princípios), flexibilizando ou adaptando o direito à realidade social, entregando a esta uma solução justa dos conflitos.

40 *Ibidem.*

Ainda na mesma Obra, tratando a respeito da justiça em relação ao liberalismo, Dworkin ensina que liberalismo seria tratar a todos como iguais, mas critica o conceito de que igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, por considerá-la uma visão simplista. “A primeira ideia é simplista demais para a sociedade plural na qual vivemos. Já a segunda, ela falha em um aspecto: qual o critério diferenciador ou medidor de igualdade ou desigualdade? Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam é algo indeterminado, raso demais, para não dizer abstrato”<sup>41</sup>.

Para Dworkin, tratar os cidadãos como iguais significa tratá-los como livres, independentes ou com igual dignidade<sup>42</sup>. “Percebe-se que igualdade para o autor refere-se a cada pessoa, individualmente considerada”<sup>43</sup>.

Neste sentido, as demandas resultantes das técnicas de reprodução humana assistida, como todas as outras, devem ser resolvidas considerando as particularidades de cada indivíduo envolvido na questão: pacientes, profissionais envolvidos e, inclusive, a futura criança que virá a existir a partir desse procedimento médico.

Não esqueçamos, também, do “produto” que resulta dessas intervenções científicas, os embriões (utilizados e excedentes). Os embriões, resultantes dos procedimentos de reprodução medicamente assistida, em especial aqueles que não são utilizados e ficam criopreservados, denominados embriões excedentes, que apenas no Brasil já somam mais de 100 mil, são grande preocupação dos Conselhos Regionais de Medicina, atualmente. Representa uma grande controvérsia que merece especial atenção das autoridades. Uma questão polêmica que exige conhecimento interdisciplinar e flexibilidade para ser resolvida, pois o embrião, por ser uma vida em potencial, ou uma vida estabelecida, para muitos, deve ter seu direito de nascer garantido e tratado com igual consideração e respeito. Necessário se faz atender ao princípio do melhor interesse da criança, que permeia todo Estatuto da Criança e do Adolescente vigente.

Cumprir destacar que para Dworkin Direito é princípio. Ele entende não existir ponderação de princípios, mas a ponderação de contextos.

Voltando à questão da reprodução humana medicamente assistida e à gestação de substituição como direitos fundamentais, como já dito, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a Carta Magna de 1988 concede aos casais o direito e a liberdade de planejar sua família, no tempo e na quantidade de filhos que desejarem, sem qualquer interferência do estado. Com isto, a família deixa de ter como finalidade precípua a procriação (art. 226, § 7º), cabendo ao Estado tão somente o papel de educar e disponibilizar recursos científicos para o bom exercício deste direito constitucionalmente garantido. O planejamento familiar agora rege-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

41 Ribeiro, 2008, p.03.

42 2001, p.285.

43 RIBEIRO, 2008, P. 03.

Ainda neste contexto, a Organização das Nações Unidas define a assistência à saúde reprodutiva como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva<sup>44</sup>. Assim, podemos reafirmar a existência de um direito fundamental à reprodução humana medicamente assistida, mediante um cotejamento do nosso sistema normativo. No que se refere à garantia constitucional à reprodução humana assistida, podemos afirmá-lo por interpretação de outros direitos fundamentais constantes do texto da Constituição Federal de 1988<sup>45</sup>.

Outro aspecto a considerar é que o direito à liberdade (direito fundamental de primeira dimensão), art. 5º, II da Carta Magna, dá plena liberdade de ação ao homem, podendo esse direito ser relativizado apenas por lei que, por exemplo, possa ter como objetivo proteger interesses de uma futura criança que possa vir a existir, o que se relaciona com a reprodução humana assistida.

Na mesma direção, a proteção constitucional à família e ao planejamento familiar (artigos 226, caput e §7º da CF), garantem o direito à constituição de família e ao planejamento familiar (direito à contracepção e à procriação), este último, de forma natural ou mediante técnicas de reprodução assistida.

No mesmo sentido, o direito à saúde (artigos 6º e 196 da Constituição Federal) definido como direito de todos, e dever do Estado, também se relaciona ao direito à reprodução humana assistida, uma vez que as infertilidades masculina e feminina são tipificadas, no CID 10, como doença, e, portanto, merecedoras de apoio do Estado para sua resolução.

Assim, observamos a possibilidade de construção de um direito fundamental à reprodução humana assistida, já que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são meramente exemplificativos. A própria Carta, no art. 5º, § 2º, admite a existência de outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional, os chamados direitos materialmente fundamentais não constantes do art. 5º<sup>46</sup>.

A nível infraconstitucional há leis e regulamentos que tangenciam a questão da reprodução humana assistida: lei 9.263/1996 (lei do planejamento familiar) e lei 11.105/2005 (lei de biossegurança).

Como já abordamos, a iniciativa por uma regulamentação específica sobre o tema, tendo em vista a insegurança jurídica decorrente da falta de lei específica, veio do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de normatizar a prática da medicina neste contexto. Assim, foram editadas as seguintes Resoluções:

Resolução nº 1358/1992 (com objetivo de delimitar a atuação ética das clínicas de reprodução assistida) que, até então, era ilimitada e chegava a praticar atos que posteriormente seriam proibidas por esta resolução. Como exemplo, a sexagem

44 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.15-16).

45 KREEL, 2005, p. 101.

46 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p. 9.

embrionária. O tema era bastante discutido pela sociedade e pela mídia, o que pressionou o CFM a regulamentar a matéria<sup>47</sup>. Considerada uma Resolução tímida para sua época, ela proibiu a redução embrionária no caso de gestação múltipla, a seleção de sexo, limitou a transferência embrionária ao número de quatro por cada tentativa de gestação, para evitar a gestação múltipla de fetos que colocavam em risco a vida da gestante, e proibiu destruição e comercialização de gametas e embriões. Permitiu o congelamento de gametas e a realização de exame genético de embriões antes de sua implantação com a finalidade de diagnosticar doenças hereditárias e permitiu a doação de útero (gestação de substituição) por parentes até o segundo grau, nos casos de problemas médicos impeditivos de gestação pela própria paciente. Permite outras hipóteses de doação temporária de útero, desde que autorizado pelo Conselho Regional de Medicina.

Resolução nº 1957/2010 veio para atualizar a resolução anterior que vigorava há 18 anos. Trouxe muitas inovações para adequar o avanço da técnica de reprodução à normatização. As principais inovações foram a limitação do número de embriões a serem transferidos de acordo com a faixa etária da receptora (2 embriões até 35 anos, 3 embriões de 36 a 39 anos e 4 embriões a partir dos 40 anos), a utilização das técnicas de reprodução assistida por solteiros e parceiros homoafetivos, a possibilidade de descarte de embriões no prazo de cinco anos e a regulamentação da reprodução assistida *post mortem*<sup>48</sup>.

Resolução nº 2013/2013 garantiu de modo indubitável a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras e homossexuais, respeitando o direito de objeção de consciência por parte do médico, limitou a idade máxima de 50 anos para a mulher gestar, limitou a idade máxima para doação de gametas (35 anos para mulheres e 50 anos para homens), permissão de criopreservação de tecidos gonádicos (tecidos de ovário e testículos), possibilidade de estudo genético do embrião para diagnóstico de doenças genéticas e também para fins terapêuticos de irmão que já possuísse doença genética, doação temporária de útero por parentes de até o quarto grau de consaguinidade do casal e a possibilidade de análise pelo Conselho Federal de Medicina dos casos não previstos pela resolução<sup>49</sup>.

Outras resoluções pertinentes: nº 2121/2015 atualizou a prática profissional possibilitando o compartilhamento de oócitos mediante o custeio do tratamento (quando uma mulher doa metade de seus óvulos para uma outra mulher que custeia o tratamento da primeira), permite a gestação compartilhada de parceiros homoafetivos.

Resolução nº 2168/2017 permitiu que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados pudessem congelar gametas, embriões e tecidos germinativos, o que possibilitou que as pessoas retardassem o projeto parental para priorizar sua vida

47 LEITE, 2019, p. 922.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

profissional e, também, que pacientes de câncer pudessem ser pais biológicos após tratamento que ocasionasse esterilidade.

A recente Resolução nº 2294/2021 demonstra preocupação com uma realidade das clínicas de reprodução assistida: o elevado número de embriões excedentes criopreservados. Limitou a formação de embriões em laboratório para o número máximo de oito por tentativa. Estabeleceu a exigência de que a doadora temporária de útero possua, pelo menos, um filho vivo. Para que haja descarte de embriões criopreservados por mais de três anos é necessário agora que haja autorização judicial. Mas, no ano seguinte, esta resolução foi substituída pela Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022, vigente atualmente, e revogou a limitação de formação de embriões em cada ciclo de tratamento. Vários problemas e questões éticas retornaram.

No que se refere ao registro de nascimento das crianças nascidas a partir da doação temporária de útero, sempre foi necessário processo judicial para autorização do registro pelos pais biológicos, até que em 14 de março de 2016 a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 52/2016, que regulamentou a emissão de certidão de nascimento de crianças nascidas por essa técnica, sem necessidade de autorização judicial. Em 14 de novembro de 2017 foi editado o Provimento nº 63/2017, do mesmo Órgão, que alterou o provimento anterior, instituindo modelos únicos de certidão de nascimento.

No âmbito estadual, o Tribunal de Justiça de Pernambuco editou o Provimento nº 21, de 29 de outubro de 2015, regulamentando o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, com uso da técnica de gestação substitutiva, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, simplificando e desburocratizando um processo, por sua natureza, já tão desgastante para os envolvidos. Observamos, assim, uma tentativa de superação da regulamentação de uma matéria tão controvertida e sensível, diante de uma carência absoluta de ação do Poder Legislativo.

O Conselho Federal de Medicina é muito criticado e acusado de querer legislar quando não tem competência para tal e de querer impor dispositivos normativos impossíveis de serem cumpridos<sup>50</sup>, porém essa é uma realidade imposta em razão da inércia do Poder Legislativo.

Atualmente, existem alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mas sem perspectiva de serem votados e aprovados. Porém, de tão desatualizados, se forem aprovados do modo que estão, representarão verdadeiro retrocesso social. Alguns deles, inclusive, definem como crime e instituem pena para a doação temporária de útero.

Merecem destaque o projeto de lei nº 115/2015, o estatuto da reprodução assistida, o projeto de lei nº 4.892/2012 e o nº 1.184/2003. Já o recente projeto de lei nº 1.287/2021 pretende mudar o Código Civil brasileiro na parte que se refere à

50 LEÃO, 2021.

reprodução humana assistida, para alterar a expressão “inseminação artificial” para “inseminação assistida”, por considerar aquela expressão imprópria e contrária à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reconhece a família como a base da sociedade e esta é a razão da mesma carecer especial atenção do estado (art. 226). A lei nº 9.263/96 define o planejamento familiar como regulação da fecundidade para limitação ou aumento da prole, sendo assim, engloba as tecnologias para concepção e contracepção (art. 3º), que devem ser garantidos até mesmo pelo Sistema Único de Saúde<sup>51</sup>. Para Meirelles e Resende,

Destarte, assimilando as ponderações explanadas alhures, pode-se concluir que o direito à reprodução assistida é direito fundamental da pessoa humana inserido implicitamente na Constituição Federal de 1988 porque decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida privada, à saúde e ao planejamento familiar, exercitável, primariamente, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, contra o Poder Público cuja tutela se pode promover por meio da ação civil pública ou ação judicial de natureza individual.

Ressalte-se ainda que a importância da matéria se relaciona com o princípio da perpetuação da espécie, o que torna a discussão ainda mais relevante.

Após a Segunda Guerra mundial, o mundo atravessou grande transformação. Todos se preocupavam para que fatos como o holocausto de judeus, o facismo italiano e o nazismo alemão não mais se repetissem na história. A partir da segunda metade do Século XX, o Direito Constitucional atravessou o movimento denominado neoconstitucionalismo, onde se pacificou a força normativa da Constituição e a constitucionalização dos demais ramos do Direito. A partir de então, a Constituição Federal é o centro normativo, cujos princípios e diretrizes devem inspirar todos os outros sistemas normativos infraconstitucionais, os quais devem ser interpretados à luz da Constituição. Do mesmo modo, todos os demais direitos e garantias fundamentais têm como fundamento de validade o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não mais se discute a força normativa da Constituição, a qual não se trata mais de uma Carta política, mas de um documento jurídico com poder de compelir o administrador público a efetivar as políticas públicas nela consagradas, não mais ficando no âmbito de sua discricionariedade fazê-lo ou não. Exemplo disto é a obrigatoriedade constitucional (art. 34, VII), dos Estados aplicarem percentual mínimo de receitas de tributos na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, sob pena de suspensão de repasses de recursos federais e até mesmo de intervenção federal (art.44, VII, “a”). Indiscutível, portanto, “a força normativa da Constituição. A Carta Magna é norma jurídica, dotada de imperatividade e que, por isso mesmo, seus preceitos são obrigatórios e vinculativos”<sup>52</sup>.

51 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.16-17.

52 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.18.

Ainda segundo os autores supra mencionados, o direito fundamental à reprodução assistida é garantido no art. 5º, § 2º da Constituição Federal como decorrência dos direitos fundamentais à vida com dignidade, à vida privada, à autonomia reprodutiva, ao direito à saúde, inclusive à saúde reprodutiva com acesso aos modernos tratamentos de reprodução medicamente assistida, inclusive, à técnica de doação temporária de útero, por decorrência lógica.

Neste sentido, ao administrador cumpre o dever constitucional de disponibilizar aos administrados o serviço de reprodução humana medicamente assistida, pelo sistema único de saúde, sob pena de grave violação aos seus direitos fundamentais. Não se trata de uma decisão discricionária do administrador, mas de uma imposição constitucional, cujo objetivo é proporcionar o bem estar de todos e reduzir as desigualdades sociais<sup>53</sup>. Como já dito por Dworkin,<sup>54</sup> tratar os cidadãos como iguais significa tratá-los como livres, independentes ou com igual dignidade. Noutras palavras, igualdade para Dworkin se refere a cada pessoa individualmente considerada, conforme já dito<sup>55</sup>.

Em síntese, neste tópico, buscou-se defender a reprodução humana medicamente assistida e a maternidade de substituição como direitos fundamentais. Partiu-se da evolução histórica dos direitos fundamentais, passando pela Constituição de João Sem Terra, pelo Liberalismo, pelas revoluções de 1776 e 1789 e pelos efeitos da revolução industrial das duas guerras mundiais no surgimento de um Estado interventor nas necessidades sociais. Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se fortalece e ganha proteção constitucional. No Brasil, a Constituição de 1988 (Art. 3º, III), torna esse princípio como fundamental na nossa república federativa. Esta constituição, na medida em que protege os direitos fundamentais, assim como protege a família, a saúde, o planejamento familiar e a liberdade individual coloca-se como protetora da reprodução humana medicamente assistida e de suas técnicas, razão pela qual este trabalho argumenta na defesa desta ideia e propõe que a legislação ordinária possa garantir segurança jurídica a todos os atores envolvidos nesta forma de reprodução humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, entendemos que a reprodução humana medicamente assistida é um direito fundamental constitucionalmente garantido, bem como todas as modernas técnicas dela decorrentes, inclusive a denominada maternidade de substituição ou doação temporária de útero, especialmente nos casos em que a impossibilidade de gerar decorre de causas médicas como câncer de útero e de endométrio (e seus tratamentos de histerectomia, quimioterapia e radioterapia, que provocam infertilidade), má formação congênita, endometriose, entre outras enfermidades que causam impossibilidade de gestação no próprio ventre.

53 *Ibidem*, p. 19.

54 2001, p.285.

55 Dworkin, apud Ribeiro, 2008, p.03.

A casuística médica, por vezes, depara-se com situações em que a mulher possui embriões criopreservados e, por razões diversas, perde o útero, precisando de uma doadora temporária de útero. Esta gestação de substituição constitui-se a única possibilidade de gestação para a primeira mulher. Obviamente, o direito fundamental constitucional de formar uma família precisa ser positivado, garantindo o acesso a essa técnica de reprodução medicamente assistida.

Também devemos analisar a situação do embrião: para alguns, uma vida em potencial; para outros, uma vida já estabelecida, sendo o direito a esta vida um princípio basilar da Constituição brasileira, bem como o princípio do melhor interesse da criança que norteia todo Estatuto da Criança e do Adolescente, também se aplica ao caso.

Assim, é dever do poder público implementar políticas públicas de curto, médio e longo prazo, inserindo no orçamento público a verba necessária para esses fins no propósito de efetivar o legítimo direito fundamental da pessoa humana, constitucionalmente garantido, e mediante a eficácia vertical dos direitos fundamentais<sup>56</sup>.

Até então a administração pública tem se omitido do seu dever de assegurar o referido direito fundamental aos administrados, mas no entender de Meirelles e Resende, já referidos, esta omissão pode ser suprida pelo Poder Judiciário, mediante provocação, através de ação própria, sem que se configure usurpação ou violação à independência dos Poderes<sup>57</sup>, no caso, através de Mandado de Injunção.

A caminhada histórica da reprodução humana e dos aspectos jurídicos correlatos ao tema ainda carecem de um diálogo mais harmônico, na perspectiva de uma proteção jurídica que reconheça a fundamentabilidade da produção de indivíduos que garantam a continuidade da espécie humana. Se, de um lado, os avanços da ciência e da tecnologia têm contribuído para a reprodução humana natural e, mais ainda, para a reprodução humana assistida; de outro, a segurança jurídica, sobretudo, nesse segundo campo da reprodução precisa avançar e muito, tomando por escopo o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos constitucionalmente protegidos, como a vida, a liberdade, a solidariedade, a saúde, a família, fica evidente a trilha que ainda precisa ser percorrida para que a reprodução humana assistida tenha a segurança jurídica de um direito humano fundamental.

Nossa Carta Magna não se apresenta como um relevo dificultador ou impeditivo, mas facilitador, na medida em que permite erigir um conjunto normativo com *status* de direito fundamental.

Urge que o legislador pátrio construa um diploma legal específico para a reprodução humana assistida, que, no presente momento histórico, vale-se de analogias com leis, como legislação sobre família, saúde, planejamento familiar, biossegurança e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

56 MEIRELLES e RESENDE, 2015, p.24-25.

57 *Ibidem*.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Oslania de Fátima e SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Revista Saúde e Ciência em Ação**, v. 2, n.1, p. 26-37, jan./jul. 2016. Disponível em [www.revistas.unifan.edu.br](http://www.revistas.unifan.edu.br). Acesso em 19/08/2021.
- BÍBLIA SAGRADA: Antigo Testamento. Traduzida por João Ferreira de Almeida. 4ª ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.
- BRANDÃO, Claudio. Coordenador. **Direitos Humanos e Fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas. 2014.
- CARNEIRO-CARVALHO, Andreia Marlise e RODRIGUES, Isilda Teixeira. Infertilidade e inseminação artificial no século XVI. **Revista História da Ciência e Ensino. Construindo Interfaces**. V. 20 Especial, p.512 – 522, 2019. Disponível em [pucsp.br/http://dx.doi.org/10.23925/2178-2911.2019v20espp512-522](http://pucsp.br/http://dx.doi.org/10.23925/2178-2911.2019v20espp512-522).
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 1.957/2010**, publicada no D.O.U em 06/01/2010, Seção I, p. 16053, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.013/2013**, publicada no D.O.U em 09/05/2013, Seção I, p. 119, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.121/2015**, publicada no D.O.U em 24/09/2015, Seção I, p. 117, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.168/2017**, publicada no D.O.U em 10/11/2017, Seção I, p. 73, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.283/2020**, publicada no D.O.U em 27/11/2020, Seção I, p. 391, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.294/2021**, publicada no D.O.U em 15/06/2021, Seção I, p. 60, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.320/2022**, publicada no D.O.U em 20/09/2022, Seção I, p. 107, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br>.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Resolução nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- DANTAS, Eduardo. Palestra proferida no 1º Congresso pernambucano de reprodução humana assistida. 28/06/21
- DUARTE, Jonathan Felipe Laudindo Gomes. RECKZIEGEL, Janaína. Horizontalidade do direitos fundamentais e reprodução humana assistida. Um novo paradigma contratual. **Revista direitos Humanos e Democracia**. Unijuí, ano 3, n.6, jul-dez, 2015.p 93-116. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes, São Paulo, 2001. Tradução: Luiz Carlos Borges.
- JOPPERT JUNIOR, Aimar et al. Reprodução assistida aspectos históricos. **Intertemas**, v. 4, n. 4, 2002.
- KREEL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda**. Tese (doutorado) Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2005.
- LEÃO, Helena Carneiro. **Papel do Cremepe e as questões bioéticas que perpassam as diversas modalidades de reprodução assistidas**. Palestra. 1º Congresso Pernambucano de reprodução humana assistida: a relação entre direito e medicina. 29/06/2021, Recife.
- LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 24 (3):p. 917-928, 2019. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acesso em 25/08/21.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de e RESENDE, Augusto César Leite de. A proteção do direito fundamental à reprodução assistida no Brasil. **Derecho y Cambio Social**. 01/01/2015. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com).

MIRANDA, Fernanda Eleonora. **A infertilidade feminina na pós-modernidade e seus reflexos na subjetividade de uma mulher**. Belo Horizonte, MG, 2005. Dissertação (Mestrado em Psicologia), PUC Minas Gerais, Belo Horizonte, p.20-30. 2005.

ORTONA, Concila. De Louise Brown ao inédito transplante de útero de doadora falecida. **Revista CREMESP**, São Paulo, ed. 87, p. 14-17, abril/maio/junho. 2019. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Disponível em [www.cremesp.org.br](http://www.cremesp.org.br). Acesso em 05/08/21.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. A história da reprodução humana no Brasil. **Femina**/editorial, vol. 39, nº2, p.59-64, fev. 2011. Disponível em <http://files.bvs.br>, acesso em 05/08.2021.

PINCOCK, Stephen. Birth after the preimplantation of a human embryo. *Lancet*, v.381, may 11, 2013, p.1620. Disponível em [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com).

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Resenha da Obra: Uma Questão de princípio (Ronald Dworkin). **Portal jurídico Investidura**, Florianópolis, SC, 18/out./2008. Disponível em: [investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345). Acesso em 13/03/2022.

Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos. <https://veja.abril.com.br/saude/robert-edwards-revolucionou-a-medicina-reprodutiva-dizem-medicos/>. **Revista Veja**, Caderno Saúde, 04 out 2010

SANTANA, Milena Bassani. Palestra proferida no Iº Congresso pernambucano de reprodução humana assistida. 28/06/21.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Uterus transplantation from a deceased donor. *The Lancet*, v.392, December, 22,2018, p.2657-2658. Disponível em [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com). Acesso em 24/08/21.

YARAK, Aretha. Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos. **Revista Veja, Caderno Saúde**, 04 out 2010. Disponível em <https://veja.abril.com.br>. Acesso em: 15 maio 2021.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR NA ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### *THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW AND THE REINTERPRETATION OF THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST OVER THE PARTICULAR IN THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Guilherme Silva Bastos Malheiro<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Doutorando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela UFBA. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Católica do Salvador. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Ciências Contábeis pela UFBA. Pesquisador nas áreas de Direito Tributário, Direito Administrativo e Direito Financeiro. Advogado, consultor jurídico e Contador. [guilhermemalheiro@hotmail.com](mailto:guilhermemalheiro@hotmail.com)

Recebido/Received: 14.11.2022/ November 14th, 2022.  
Aprovado/Approved: 10.08.2023/ August 10th, 2023.

#### RESUMO

Quando são analisados os principais institutos do direito administrativo e o seu fundamento legitimador ( supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade ), sob o fundamento da preservação do interesse público, busca-se , antes de tudo, à preservação do ethos conservador autoritário do antigo regime vigente na França, nos primórdios do surgimento do Direito Administrativo. O Estado Constitucional de direito e o movimento do neoconstitucionalismo , entretanto, contrasta esta visão tradicional, através da releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular valendo-se do instrumental teórico da teoria dos princípios. A análise dos dados valeu-se do método dedutivo, partindo da tese ampla do princípio da supremacia do interesse público como fundamento do direito administrativo clássico, derivando desta a análise do conceito de interesse público no contexto do neoconstitucionalismo e conformação deste com a norma-princípio, concluindo pela incompatibilidade do conceito clássico de interesse público com o postulado da dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional de Direito, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** supremacia do interesse público sobre o privado – Direitos Fundamentais – Dignidade da pessoa humana – Constitucionalização do direito.

#### ABSTRACT

When analyzing the main institutes of administrative law and its legitimating foundation ( supremacy of the public interest, prerogatives of the administration, discretion ), under the foundation of the preservation of the public interest, it is sought, above all, to preserve the authoritarian conservative ethos of the old regime in force in France, at the beginning of the emergence of Administrative Law. The Constitutional State of Law and the neoconstitutionalism movement, however, contrast this traditional view, through the reinterpretation of the principle of supremacy of the public interest over

the private, using the theoretical instruments of the theory of principles. The data analysis used the deductive method, starting from the broad thesis of the principle of supremacy of the public interest as the foundation of classical administrative law, deriving from this the analysis of the concept of public interest in the context of neoconstitutionalism and its conformation with the principle-norm, concluding for the incompatibility of the classic concept of public interest with the postulate of the dignity of the human person in the Constitutional State of Law, having been used the bibliographical research.

**Keywords:** supremacy of the public interest over the private – Fundamental Rights – Human dignity – Constitutionalization of law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO; 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO; 3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA; 4. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 4.1. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS; 4.2. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DE DETERMINADOS INTERESSES PRIVADOS; 4.3. O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DA SOCIEDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Autores nacionais já alertaram sobre um vício de origem do Direito administrativo, que contradiz o ethos do fundamento de seu surgimento. Para a doutrina dominante, o Direito Administrativo surge *pari passu* com o Estado de Direito para limitar o poder do rei (“the king can not wrong”), através da lei, regulando as relações entre Estado e indivíduo de molde a preservar-lhes a autonomia.

Ocorre que uma leitura atenta dos principais institutos, considerada ainda a gênese em meados do século XVIII sugere algo diverso e pouco estudado, a saber, que em realidade os principais instrumentos do direito administrativo (desapropriação, supremacia do interesse público sobre o privado, autoexecutoriedade, poder de polícia), surgem para preservar, sob novos moldes, antigos privilégios estatais do *ancien regime*. (Binenbojm,2007).

Passaremos a abordar então a influência que a normatividade dos direitos fundamentais advinda com o movimento jurídico-político do neoconstitucionalismo vem projetando sobre o que se entende por regime jurídico administrativo. Para tal, será imprescindível que estudemos o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o próprio conceito de interesse público, seus fundamentos, e a inter-relação que existe entre este e o referido regime como elemento legitimador e fundante.

Com efeito, a sociedade contemporânea vem passando por incríveis transformações em todas as áreas do conhecimento humano; é preciso que a ciência do direito também acompanhe tais fenômenos, sob pena de a mesma se constituir em mero objeto de relíquia, representação de um passado que, por óbvio, não se presta mais a debelar as grandes questões que afligem o gênero humano na atualidade.

É perfeitamente natural, então, que o regime jurídico administrativo tenha que ter os seus fundamentos revistos, levando em conta os novos ares que permeiam o nosso ordenamento jurídico. Em sendo a constituição o epicentro de todo o sistema, ocupando o cume da escala normativa, e em sendo os direitos fundamentais, e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana o seu fundamento axiológico maior, a irradiar efeitos sobre todos os demais ramos do direito, não poderia tal regime permanecer estático, imutável e inalterável, imóvel como uma escultura de mármore.

Não se quer desmerecer a importância que teve tal regime para a sistematização do direito administrativo. Realmente, a criação do regime jurídico administrativo teve grande valor metodológico, mas que serviu ao seu tempo, justificou e legitimou juridicamente a atuação estatal da época. Agora, devem ser reformuladas as premissas em que o mesmo se assenta, levando em conta os novos valores que emergiram e já são prevalentes em nossa ordem jurídica.

Antes que houvesse a afirmação histórica do Constitucionalismo, a atividade do Estado era pouco infensa a qualquer tipo de controle pelo Direito, em especial pelo controle jurisdicional. Vigorava ainda a máxima de que o rei era absoluto em suas decisões, detentor de um juízo infalível, e que o mesmo não poderia errar, sendo conjugadas a vontade do príncipe com o conteúdo do próprio direito.

Tal situação foi aos poucos sofrendo modificações à medida que foi se consolidando o Estado de Direito e na proporção em que a Constituição foi sendo valorizada enquanto documento político-jurídico de maior envergadura nacional dotada de poderes jurídicos.

Ainda estava arraigada a concepção de que não poderia haver controle da atuação administrativa, e em especial no que diz respeito ao poder discricionário da administração. Os limites à irresponsabilização do poder público foram sendo impostos pouco a pouco, à medida em que eram fortalecidos os valores do estado democrático de direito e a crença de que todos, inclusive os governantes, deveriam estar submetidos às leis.

Hoje, sob os influxos dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, não há mais essa discricionariedade, vista outrora como um largo campo de atuação ilimitada do administrador público. Tais direitos passam a vincular objetivamente o mesmo, de modo que o objetivo do Estado passa a ser o de dar cumprimento e concretude a eles.

O movimento jurídico-político do neoconstitucionalismo, conforme aponta Luis Roberto Barroso, é tributário da formação do Estado Constitucional de Direito, tem

como marco histórico o pós-guerra e a redemocratização, como marco filosófico a construção do pós positivismo e como marco jurídico o reconhecimento da força normativa da Constituição, e do papel central que passa a exercer no sistema jurídico constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO,2020).

Os controles impostos à administração pública são cada vez mais intensos em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito. Aponta Virgílio Afonso Da Silva (2005,p.39) que, quando se fala em constitucionalização do direito, a idéia mestra é a de irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos demais ramos do direito, provocando verdadeira mudança de paradigma no bojo destes sub-ramos.

Os principais institutos do direito administrativo, assim, passam por uma releitura necessária, para que sejam adequados aos novos valores constitucionais. Passemos a analisar o que se entende por regime jurídico administrativo na doutrina brasileira, na visão dos mais destacados doutrinadores nacionais.

## 1. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Para Celso Antonio<sup>1</sup>, o regime jurídico administrativo é a própria essência do Direito administrativo. Não há que se falar neste enquanto disciplina jurídica autônoma, sem que lhe fosse conferido um conjunto sistemático de princípios e regras que lhe formam a identidade e que o diferencia dos demais ramos do direito.

Assim se expressa o renomado publicista quanto a esta questão:

“Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.” (MELLO,2005,p.42)

O regime jurídico administrativo, deste modo, seria como que o ponto de convergência de todo o direito administrativo, constituindo-se num conjunto de regras que servirão para a compreensão posterior dos seus principais institutos jurídicos.

A própria unidade e coerência interna deste sub-ramo, e as suas características essenciais, estariam profundamente inter-relacionadas com o dito regime. Celso Antonio pontifica que o progresso mesmo do direito administrativo enquanto ciência, o seu desenvolvimento metodológico e a sua coesão interna, bem como o descortinamento de suas tendências é determinado pelo mesmo. Em suas palavras:

Acredita-se que o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em sua grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade. (MELLO,2005,p.44)

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Apenas com base nessas premissas se poderia pensar no direito administrativo como um todo coerente e lógico. Deve-se estudar os elementos componentes do todo, com base nos critérios de classificação, de molde a sistematizar e melhor ordenar o conhecimento.

Tal modo de proceder não é peculiar ao direito administrativo, mas é próprio mesmo de qualquer ramo do conhecimento humano. O sistema bem pode ser caracterizado por essa composição de elementos, sob a perspectiva unitária. A esse sistema, no que concerne aos aspectos atinentes à relação jurídica estabelecida entre o estado e seus cidadãos, no âmbito do exercício da função administrativo, que constitui o chamado regime jurídico-administrativo.

O regime jurídico administrativo, deste modo, representaria a essência que caracteriza o regime de Direito Público, concebendo normativamente determinados interesses que dizem respeito ao atendimento das necessidades da sociedade. Celso Antônio delinea dois princípios que se constituiriam nas premissas fundamentais deste, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.

Os dois princípios se integram, são as verdadeira bases de todo o sistema. São como que a sua fonte axiológica, a sua razão de existir. Sobre o primeiro deles, que será objeto de nossa atenção mais adiante, Celso Antonio Bandeira De Mello possui definição que se tornou clássica da doutrina nacional, nestes termos:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados." (MELLO,2005,p.60)<sup>2</sup>

Todavia, o mesmo autor ressalta que tais valores, consubstanciados nos dois princípios, não são perenes, imutáveis, o que fortalece a tese à qual aderimos que apregoa serem os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana as novas vigas mestras do regime.

Assim que, feita tal observação, para Celso Antônio todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração.

Todo o direito administrativo vai girar em torno do binômio prerrogativas da Administração e direitos dos administrados. Tal binômio, no entanto, sempre oscila ao sabor das contingências históricas do momento e dos governos, ora a favor das prerrogativas públicas nos regimes autoritários, ora fortalecendo os direitos dos administrados nos sistemas democráticos.

2 *Id. Ibid*, p.60.

Maria Sylvia<sup>3</sup> nos traz um aspecto curioso a respeito deste binômio, e que condiz com os antecedentes históricos do surgimento do direito administrativo. O próprio fenômeno histórico-político da revolução francesa gerou como frutos simultaneamente dois fundamentos distintos entre si, quais sejam, a ordem jurídica individualista e o regime administrativo, o que corresponde à proteção aos direitos individuais dos cidadãos, de um lado, e a concessão de prerrogativas e privilégios para a própria administração tendo em vista a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, e que servem justamente para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo, de que é exemplo o poder de polícia. (DI PIETRO,2006). Enquanto a matiz individualista da revolução desembocou na concepção do novo direito civil, cristalizado no código civil napoleônico, o regime administrativo formou a base do direito público administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão regime jurídico administrativo quer significar

“o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a administração pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico administrativa. O regime administrativo se resumiria a duas palavras apenas, a saber, prerrogativas e sujeições.” (DI PIETRO,2006,p.75)

O direito administrativo, assim, no pensar da ilustre autora, estaria cingido a bipolaridade acima mencionada, representada pela liberdade do indivíduo e pela autoridade da Administração, restrições e prerrogativas. Assim que para assegurar-se a liberdade, se sujeita a administração pública à observância da lei, consubstanciando-se assim o princípio da legalidade. Para que seja salvaguardada a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Consoante o posicionamento de Maria Sylvia, também a base do regime jurídico administrativo estaria no princípio da supremacia do interesse público. Em função dele, adviriam as prerrogativas e privilégios, tais quais a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir a servidão, o de aplicar as sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia, a imunidade tributária, os prazos dilatados em juízo, o juízo privativo, o processo especial de execução, a presunção de veracidade de seus atos, dentre outros (DI PIETRO,2006,p.75).

Todavia, obtempera a administrativista que ao lado das prerrogativas existem as restrições às quais está sujeita a administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e responsabilização da autoridade que o editou. Dentre as restrições, cite-se a observância da finalidade pública, os princípios da moralidade administrativa e da legalidade e a obrigatoriedade de publicidade dos atos administrativos.

3 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Hoje, além de todas estas restrições, desempenha papel relevante na limitação do poder público no seu agir a normatividade dos direitos fundamentais e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. A concretização destes e a busca pela sua efetividade constituem-se no objetivo maior do moderno Estado Constitucional, que tem na carta maior a sua genuína fonte normativa.

Tais direitos hoje vinculam não só o gestor na sua atividade de escolha dos meios ideais para realizar a finalidade pública, essa mesma cristalizada pela observância deles pelo Estado, mas norteiam também a atuação do próprio poder Judiciário, em seu mister de solucionar o conflito aplicando a lei ao caso concreto, ponderando sempre acerca da aplicação dos princípios constitucionais ao mesmo, e servem de diretriz para o legislador, que atuará tendo em vista dois deveres em relação aos direitos fundamentais, quais sejam, o positivo, em que as leis devem corresponder à sua máxima efetividade, e o negativo, que apregoa que o legislador não pode produzir leis que venham a confrontá-los.

Opera-se uma mudança substancial no conceito de finalidade pública, que vem a ser justamente a efetividade dos direitos fundamentais, e no conceito jurídico doutrinário de interesse público, que deverá estar embasado nos novos valores advindos com o estado Constitucional, tema que será adiante abordado.

Pode-se observar que a concepção de regime jurídico em que se fundamentaram os renomados autores supracitados não levava em consideração que os direitos fundamentais viriam a ocupar papel de destaque, a justificar mesmo todo o sistema jurídico contemporâneo. Após a segunda guerra mundial e diante da constatação das gravíssimas violações aos direitos humanos, perpetradas sob os olhos de uma comunidade internacional consternada e impassível diante da escalada do autoritarismo Nazi-fascista, surge em todo o mundo a crença de que tais direitos mereceriam um tratamento especial, de molde a vincular os governos das diversas nações a manterem o compromisso de velar para que não se repitam abusos como os cometidos naquele sombrio período.

Vários pactos e tratados foram celebrados, os organismos internacionais multilaterais se esmeraram em velar pela observância de tais direitos ao redor de todo o globo, e onde quer que houvesse uma falta grave, aí estaria a pressão internacional no sentido de conter o avanço das violações. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio mor, o fundamento axiológico de toda a ordem jurídica mundial, influência essa que se fez sentir forte no Brasil na cristalização dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, promulgada democraticamente após duas longas décadas de ditadura e de desrespeito aos mesmos.

É imperioso, deste modo, reconhecer que o regime jurídico administrativo deve ser repensado, tendo em vista este estado de coisas. Os direitos fundamentais passam a vincular todos os poderes da república, passando a se constituírem na

razão mesma de ser do Estado. Lógico que a premissa de que o interesse público sempre deveria sobrepujar o interesse individual passa a ser revisto, eis que no mais das vezes, este interesse do indivíduo se confunde com um direito fundamental, e o próprio conceito de interesse público passa a ser o de dar efetividade a tais direitos.

Este conceito de interesse público, adiante melhor abordado, parte da premissa fundamental de que o Estado é um meio, e não o fim em si mesmo, concepção esta que não é nova, nos vem desde Rousseau e Locke, pais da teoria contratualista.

Com o advento do neoconstitucionalismo, o fim a ser perseguido pelo estado passa a ser justamente a concretização dos direitos fundamentais, e o valor fundante da nova ordem é o da dignidade da pessoa humana. O interesse público, assim, já não pode ser mais utilizado para justificar toda e qualquer atuação estatal, como capa de proteção para o desmando do Estado no trato com os direitos individuais.

Daí porque o regime jurídico administrativo também deve ser alterado para que seja valorizada cada vez mais a posição do indivíduo enquanto titular de direitos fundamentais, levando-se em conta a nova ordem de valores instaurada com o advento da Constituição e com a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os ramos do direito.

## 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

É inconteste que a mudança radical de paradigmas operada pela supremacia da Constituição e pelo reconhecimento de sua força normativa em nosso sistema jurídico representa fator decisivo para a releitura de todo o regime jurídico administrativo atual. Com efeito, toda a atuação do administrador público, todos os atos administrativo emanados dos gestores deverão levar em consideração não somente a lei, mas sobretudo a concordância daqueles com as regras e princípios constitucionais.

Nessa releitura, o papel exercido pelos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, assume função de destaque. Ainda que não haja um rompimento absoluto com a idéia de que é a lei que serve de baluarte para todo o agir administrativo, a Constituição e suas normas vêm as poucos substituindo o papel outrora desempenhado pelo princípio da legalidade. O agir administrativo passa a se legitimar na medida em que se coadune com a Constituição.

A constituição federal de 1988 aborda de forma minuciosa os principais aspectos atinentes à administração pública, chegando muitas vezes a destoar de seu caráter de norma superior, regedora dos temas mais relevantes, para disciplinar em seu corpo institutos que poderiam ser através de legislação infraconstitucional.

Inobstante isso, houve visíveis avanços, na medida em que os aspectos estruturais e funcionais mais caros à administração, em sendo agora dotados de feição constitucional, se tornam menos suscetíveis de sofrerem alterações casuísticas,

ditadas pelos interesses e conveniências políticas dos gestores de plantão, muitos dos quais completamente alheios aos ditames da moral e da ética. Nota-se, assim, um caráter garantista nessa disciplina minuciosa operada pela constituição.

Como dito acima, a constitucionalização do direito administrativo acaba por substituir a lei como parâmetro do administrador pela constituição, e a legalidade passa a se consubstanciar tão somente num dos princípios que deve o mesmo observar em sua atuação. Diante do caso concreto, o gestor passa a se valer dos princípios como balizas de atuação, e sempre que se defrontar com uma situação em que esteja compelido a optar ou pela observância da lei, ou pela observância da constituição, deve proceder a um juízo de ponderação, podendo até mesmo validar condutas que confrontem a lei (contra legem).

Se acaso houver um vácuo legislativo que o impeça de exercer plenamente as suas competências constitucionalmente atribuídas, não poderá se quedar inerte e imóvel, a esperar eternamente pela ação do legislador. Deverá se valer dos princípios, e sempre ter em mente o objetivo maior do Estado constitucional, que consiste justamente em dar máxima efetividade aos direitos fundamentais insculpidos em nossa carta magna.

Gustavo Binenbojm<sup>4</sup> chega, inclusive, a citar os princípios da moralidade, da proteção, da confiança legítima e da vedação ao enriquecimento sem causa para legitimar o *modus operandi* do administrador nos casos em que não haja lei disciplinando o caso concreto, conforme nos assevera:

Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido de relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos de efeitos pretéritos. (BINENBOJM, 2007, p.71)

A discricionariedade administrativa também deixa de se constituir num espaço totalmente infenso ao controle judicial, em que o administrador possui liberdade para agir de acordo com critérios subjetivos, pautados pela conveniência e oportunidade. Com a constitucionalização expressa dos princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, com a relevância que adquire no sistema constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, e com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é cada vez menor ao administrador essa margem de liberdade.

Com efeito, dentre dois modos de atuação possíveis no caso concreto, deve o administrador optar por aquele que dê a máxima efetividade aos direitos fundamentais, ao que melhor privilegie a dignidade da pessoa humana, em

4 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro:Renovar.2007

detrimento daquele meio que leve em consideração tão somente os aspectos técnicos do problema.

Não se quer com isso dizer que a administração tenha que deixar de se valer da técnica e descurar de seu dever de eficiência, agora elevado a princípio constitucional pelo art.37 da CF/88; a eficiência e a técnica não são incompatíveis com a observância dos direitos fundamentais; o que aqui se prega é tão somente uma relativização dos critérios meramente técnicos de atuação do administrador, tendo em vista que o gestor público, como agente estatal que é, também está vinculado ao objetivo precípuo do estado constitucional contemporâneo, que é dotar os direitos fundamentais da máxima efetividade possível, reconhecendo a eles força normativa própria. O Estado existe para servir ao homem, constituindo o fim último daquele dotar o mesmo das condições mínimas de dignidade, não descutando do dever de efetivar os direitos fundamentais. A esse respeito pontua Gustavo binenbojm:

(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando. (BINENBOJM, 2007, p.72)

Daí que o objetivo maior do Estado, na vigente quadra de século, vem a ser a plena observância dos direitos fundamentais e do princípio maior da dignidade da pessoa humana, caracterizada como o alfa e o ômega do sistema jurídico contemporâneo.

### **3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

O princípio da legalidade constitui-se num dos pilares do regime jurídico administrativo. É quase que uma decorrência do surgimento do Estado de direito, em que passou a valer a máxima de que se deve viver sobre o governo das leis, e não dos homens. O princípio da legalidade surge como fator de limitação ao poder do monarca, que aos poucos foi vendo a sua margem de atuação reduzida, em contraponto ao crescimento da classe burguesa e do fortalecimento do parlamento. Nesta concepção, a lei nada mais seria do que a síntese da vontade geral do povo, que teria os seus anseios atendidos quando da promulgação dos documentos legislativos pelos seus representantes.

Seria a prevalência da vontade da maioria, consubstanciada através do sistema representativo, que daria legitimidade às leis, donde decorre que a atuação do administrador somente poderia se legitimar, de igual forma, se atender aos ditames legais, que nada mais são do que a cristalização do interesse público. Com base nessa premissa que deverá o administrador atuar de acordo com a lei, que em tese representaria o interesse público. A vontade da administração, assim, seria a vontade

da lei. Conforme nos diz Hely Lopes Meirelles, “ Na administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração particular só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (MEIRELLES,2007,p.3).

Inobstante isso, de há muito já se questiona esse papel da lei e a sua suposta representatividade nos sistemas democráticos atuais. Não mais se concebe a romântica idéia Rousseouniana de que esta seria o resultado da vontade geral. O que Rousseau chamava à época de vontade geral nada mais significa hoje do que uma mera composição de interesses, no bojo de uma sociedade marcada pela sua pluralidade, diversidade, antagonismos e desigualdades. Essa realidade polifacética, a complexa estrutura de poder que existe em nossa sociedade, por certo acaba se refletindo na composição de nosso parlamento, que nada mais é do que a caixa de ressonância da mesma.

A lei, assim, passa a ser a combinação mecanicamente possível de uma arranjo de interesses ditados pelas circunstâncias políticas e pelo equilíbrio entre as forças existentes. Muitas são as leis que são editadas não para satisfazer um interesse público genérico, associado à idéia de bem geral, mas para atender aos interesses dos grupos mais eficientemente organizados, representados pelos lobbies, que passam a atuar sem qualquer pudor para fazer prevalecer as suas idéias e os seus objetivos. Tal lei, deste modo formulada, deverá ser observada por todos, valerá para todos, ainda que parcela da sociedade não tenha sido contemplada, mesmo que tais interesses nela consubstanciados contrariem os interesses da maioria.

Esta crise pela qual vem passando a lei em seu sentido formal não passou despercebida a Gustavo Binenbojm, que a esse respeito discorre com autoridade:

Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e pelo descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do poder executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente entre previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal (BINENBOJM, 2007, p.35).

O administrador, nestes termos, invariavelmente passará a se vincular não mais ao interesse da coletividade., mas deverá cingir o seu proceder de acordo com uma lei elaborada nestes moldes, ou seja, deverá limitar a sua atuação de acordo com uma lei feita sem que seja atendido o interesse da maioria, o que levanta questionamentos inclusive acerca da sua legitimidade. Como poderá o administrador,

eleito democraticamente pelo povo, de acordo com o processo constitucional previamente estabelecido na constituição, ser restringido por leis oriundas de um congresso que legisla ao sabor das conveniências e interesses dos grupos organizados, que representam estes, por sua vez, a minoria da população? Seria hoje ainda possível aplicar-se o famoso adágio do grande mestre Seabra Fagundes, que dizia que administrar seria o mesmo que aplicar a lei de ofício, tendo em conta estas patentes contradições no processo legislativo?

Outro fator que vem alterando bastante este quadro é o que diz respeito às agências reguladoras e a sua ainda não completamente delineada competência normativa. O fato de tais agências, dirigidas por agentes nomeados pelo poder executivo, legislarem no seu âmbito geral de competência, acaba por gerar, ainda que indiretamente, um certo desprestígio à lei, eis que aos poucos as mesmas vêm assumindo autêntica função legislativa. Tal quadro acaba por levantar questionamentos acerca da própria legitimidade constitucional destes órgãos e de sua competência normativa no âmbito de nosso Estado democrático de direito. Na feliz expressão de Gustavo Binbenbojm, “corremos o risco de vivermos uma neofeudalização do espaço público por tais órgãos tecno burocráticos” (BINENBOJM, 2007, p.36).

Em vista disto, não mais se pode conceber em um modelo excessivamente estrito a vinculação do administrador à lei tão somente. Com a superveniência da Constituição, com o reconhecimento de sua força normativa, com prestígio que os princípios jurídicos assumem em nossa ordem jurídica, e com a influência que vem exercendo a moderna teoria dos direitos fundamentais, o administrador deve ter outros parâmetros de atuação, deve nortear as suas atividades em consonância com outros valores. O valor máximo deste novo sistema passa a ser o princípio da dignidade da pessoa humana, que espraia a sua influência para todos os demais princípios e normas constitucionais.

O administrador, deste modo, deve basear toda a sua atividade na constituição e nos princípios nela delineados. Esta passa a ser o seu norte, o seu baluarte. Na dúvida entre seguir a lei ou à constituição, o administrador não pode hesitar. Estaria, assim, legitimando a sua intervenção. Até no que concerne à legitimidade, não resta dúvidas de que, se tivermos que estabelecer um grau para a mesma, poderíamos afirmar que a Constituição tem uma maior legitimidade em nosso sistema, não só por causa de sua força normativa inerente, não somente em decorrência de sua posição na escala normativa, mas porque é oriunda do poder constituinte originário, enquanto que a lei seria um produto, ainda que indireto, do poder constituinte derivado.

Deste modo, a constituição e o seu conjunto de princípios e direitos fundamentais deverão constituir-se no centro de todo o manancial normativo que compõe o regime jurídico-administrativo. Eis aí o fenômeno da juridicidade. O quebra do paradigma da legalidade para o administrador somente poderá ocorrer se houver conjuntamente o reconhecimento da constituição como o novo cerne da vinculação administrativa.

Não mais se pode conceber a lei como o limite do agir administrativo; hoje, é a constituição que deve ocupar este espaço.

Não por outro motivo que a doutrina vem apontando para o fenômeno recente da constitucionalização do direito administrativo. A constituição vincula a administração, independentemente da lei, o que representa a mudança de paradigmas encabeçada pela mesma e pela teoria dos direitos fundamentais. Esta deixaria de ser um amontoado de normas programáticas, carentes de efetividade e normatividades, e passariam a reger a própria administração, legitimando a sua atuação.

Assim que a administração deverá ser norteada pelos princípios constitucionais, e tal principiologia deverá ocupar lugar de destaque na construção de um novo direito administrativo, construído sem as amarras autoritárias de então, mas solidificado nos valores da democracia e da dignidade da pessoa humana. Um direito administrativo construído sobre estas bases, certamente deverá deixar para trás qualquer viés absolutista, e deve se preocupar em dar concretude aos valores essenciais da pessoa humana, que representam o fim último do Estado. Todo o conjunto de prerrogativas atribuído à administração, a distribuição orgânica do estado, todo o procedimento administrativo, a distribuição de competências, deve se voltar para o cumprimento do fim último do Estado Constitucional, que vem a ser a efetividade da constituição e a concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina vem utilizando o termo juridicidade administrativa para justificar essa mudança em relação ao paradigma da legalidade. Gustavo Binbenojm entende que a legalidade administrativa passa a se constituir num dos princípios insculpidos do sistema maior de vinculação da administração, que vem a ser cristalizado na Constituição. Mas isso não impede que o administrador continue a se guiar pela lei. O autor nos propõe o seguinte quadro:

A atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), mas pode encontrar fundamento direto na constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINENBOJM, 2007, p.35).

Desta feita, resta claro que o paradigma da legalidade deverá ceder frente às mudanças que se fazem cada vez mais intensas em nosso sistema jurídico oriundas da constituição e dos direitos fundamentais. Todo o direito administrativo deve passar pelo filtro constitucional, o que se reflete na releitura de vários de seus principais institutos e postulados, todos eles devendo se adequar a essa nova realidade, em que avulta a importância dos princípios jurídicos e cresce a relevância de uma axiologia que tenha como cerne a dignidade da pessoa humana.

#### 4. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de interesse público sempre desempenhou papel de relevo para a fundamentação do agir administrativo e para a caracterização do regime jurídico atinente à administração pública. A justificativa da atuação de todo e qualquer agente público, bem como a distribuição de competências, a fixação dos objetivos do estado, a própria motivação do ato administrativo, estão umbilicalmente relacionados com o que se entende por Interesse público.

É com base neste conceito jurídico doutrinário que se constrói todo o edifício do regime jurídico administrativo assentado sob as premissas principiológicas da supremacia do interesse público sobre o privado e sobre a indisponibilidade do interesse público, na concepção defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello e seguida pela grande maioria da doutrina nacional.

A própria finalidade pública, um dos elementos do ato administrativo, consiste justamente no atendimento ao Interesse público pelo administrador, devendo este optar pelo meio de ação que privilegie a satisfação deste. Tendo em vista isso, para melhor fundamentar as premissas do regime jurídico administrativo, Celso Antônio passa a desenvolver o conceito doutrinário de interesse público. Acentua o jurista que não se pode pensar em interesse público apenas como uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, nem basta, para que se chegue a um conceito satisfatório, resumi-lo como sendo a somatória dos interesses individuais.

Embora seja evidente que possa haver um interesse público contaposto a um dado interesse individual, no entanto, é indubitável que não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. O próprio Celso Antônio acaba por afirmar que existe uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. O mesmo autor, com a maestria que lhe é peculiar, relata:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.(Mello, 2015,p.50).

Assim que o interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integram no futuro. Após extensa abordagem teórica, chega Celso Antônio à conclusão de que o interesse público deve ser conceituado como “ o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.” (MELLO, 2015).

Explicando os elementos que compõem o seu conceito, quais sejam, a afirmação de que o interesse público é uma faceta dos interesses individuais e é, simultaneamente, um interesse dos vários membros do corpo social, o autor busca ressaltar a importância de dois aspectos, a saber, o de desconstruir a tese de que os interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de qualquer tipo de controle, e desmistificar a idéia de que todo e qualquer interesse do Estado seria um interesse público.

Outro dado de suma importância que merece destaque para o estudo jurídico doutrinário do que se entende por interesse público diz com a classificação proposta por Renato Alessi entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, trazida para a doutrina pátria por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tal classificação tem sua razão de ser na constatação de que, uma vez reconhecidos que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, fica evidenciada de maneira cristalina que não existe uma coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

Com efeito, o Estado, tal como ocorre com os particulares, também é uma pessoa jurídica, que existe no mundo jurídico e se relaciona com os demais sujeitos de direito. Deste modo, ainda que seja o Estado o encarregado de satisfazer os interesses públicos, ele pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares. Ora, estes últimos não podem ser considerados como interesses públicos, mas meros interesses individuais do Estado, similares aos interesses dos outros sujeitos. Assim que os interesses primários seriam os interesses públicos propriamente ditos, enquanto que os interesses secundários seriam os que o estado defende enquanto sujeito próprio de Direitos. Daniel Sarmento<sup>5</sup> nos esclarece melhor essa diferenciação:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte numa dada relação jurídica – quer se trate de União, de Estado-membro, do município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de minimizar as despesas. Essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação na Constituição Federal de 1988. (SARMENTO, 2005,p.5)

Não se quer dizer com isso, todavia, que o interesse público secundário seja desimportante. Ele o é, na medida em que visa ao bom funcionamento do Estado,

5 SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

quando busca recursos para a consecução dos interesses primários, afinal de contas, só se pode concretizá-los mediante uma atuação eficiente do mesmo. Nesse sentido prossegue Sarmento:

O interesse público secundário não é, contudo, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem condições de realizar investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhum momento será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. (SARMENTO,2005,p.5)

É de uma clareza meridiana que tais interesses que o Estado possui segundo os termos em que os teria qualquer pessoa, em que pese a sua relevância, não são interesses públicos genuínos, eis que não se consubstanciam na razão essencial de existir própria da administração e não têm como finalidade maior a satisfação do bem estar da coletividade. Deve-se observar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado leva em conta, de acordo com a classificação ora delineada, apenas os interesses públicos primários, que se confundem com os interesses da coletividade. Assim se manifesta Dirley da Cunha Júnior<sup>6</sup>:

as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado somente podem ser manejados legitimamente para o alcance de interesses públicos primários, e não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal (interesses secundários, e muito menos dos agentes governantes. (JUNIOR, 2004,p.38)

Vale acentuar, de igual modo, que o princípio do interesse público está previsto expressamente no direito positivo brasileiro, consubstanciado no art.2º , caput, da lei 9784/99, especificando no parágrafo único, a exigência de “ atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”, donde se conclui que o interesse público é irrenunciável pelo agente público.

Assim, diante da exposição do posicionamento dos autores acima citados acerca do tema, é fácil constatar que qualquer construção doutrinária que privilegie o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político.

Em que pese o esforço doutrinário para que se chegue a um conceito ideal de interesse público, não se pode fugir da constatação de que se trata de um conceito jurídico indeterminado, o que deu azo à abusos de toda a ordem por parte dos governantes de plantão. Invocando sempre como motivo para os seus atos a satisfação do interesse público, diversos regimes de matiz autoritária impuseram a sua vontade e cercearam as liberdades e garantias fundamentais, dada a facilidade de manipulação do mencionado conceito.

6 CUNHA JR, Dirley da. Direito Administrativo, 3ª Ed., Salvador, JusPodivm,2004

Mesmo com a visível dificuldade existente na delimitação exata do conceito de interesse público, urge que seja tentada uma formulação que leve em consideração os valores atuais da nova ordem constitucional, para que sejam coibidos tais abusos. Para evitar o uso indiscriminado, é imperioso que se reconheça a eficácia, a efetividade dos direitos fundamentais, e a força normativa da Constituição; é necessária, mais do que nunca, a constitucionalização do direito, para que todo e qualquer agir estatal tenha como limite não só a lei, que às vezes pode até ser utilizada como pretexto para a prática dos atos mais espúrios, mas que tenha como norte a Constituição e os direitos nela garantidos.

Sobre esta temática, dissertando acerca do que não pode ser considerado interesse público, aduz Marçal Justen Filho<sup>7</sup>:

O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque as suas características exigem a sua promoção de modo imperioso. Afirma-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o alicerce fundamental do direito público, o que seria suficiente para legitimar as decisões tomadas pelos administradores. Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no todo ou em sua parte). Mas os governantes refugiam-se nesse princípio para evitar os controles de seus atos pela sociedade. Fundamentar as decisões no interesse público produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do interesse público imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva. (FILHO, 2006)

A idéia mais comum associada ao interesse público é o de que ele nada mais é do que um somatório de interesses individuais que giram em torno de um bem da vida e que lhes significa um valor, um proveito de ordem moral ou material, que cada pessoa julga adquirir, conservar ou manter em sua esfera de valores. Tal interesse, assim, passaria a ser público quando dele participa e compartilha um determinado número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo.

Conforme visto acima, é um erro qualificar de interesse público os interesses que possui o Estado enquanto pessoa jurídica. A doutrina jurídica mais tradicional costumava incidir neste equívoco, ao qualificar de interesse público todos os que o fossem do Estado. Tal concepção não se coaduna com os valores do Estado democrático, mas sim com a idéia de que o Estado é mais importante que o indivíduo, em toda e qualquer situação. O interesse público, assim, acabaria tão somente sendo confundido com a supremacia estatal, o que se coaduna com a visão predominante de uma época em que vigorava a irresponsabilidade total do governante.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006. 2ª Ed.

Tal visão, além do mais, parte da premissa de que o Estado seria um fim em si mesmo, e não um meio para a realização do interesse público. Ora, não pode ser considerado interesse público o que o Estado faz só pelo fato de o fazer, mas sim pelo objetivo e pela finalidade que visa alcançar, que é a satisfação das necessidades gerais da população. Partia-se de uma visão puramente subjetivista, em que seria interesse público qualquer tipo de atividade que o Estado realizasse, sendo de somenos importância a avaliação do conteúdo da atividade estatal e a busca pela sua finalidade precípua.

Donde se conclui, de modo irretorquível, que o interesse público, conforme visto acima, não se confunde com o interesse do aparato estatal, em consonância com a classificação proposta com Renato Alessi, acrescida do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que deixa claro não constituírem os interesses públicos secundários em autênticos interesses públicos. Marçal Justem Filho vai mais além, afirmando que tais interesses públicos secundários não chegam nem ao menos a se constituírem interesses, se levarmos em consideração a clássica visão de interesse jurídico. Conforme pontifica :

Ousamos afirmar que nem ao menos são interesses, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito. O Estado não possui interesses qualitativamente similares aos interesses dos particulares. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do Direito, apenas para os sujeitos privados. Não é admissível para o Estado, que somente está autorizado a agir para realizar o bem comum e a satisfação geral. (FILHO, 2006, p.26).

Em passagem bastante ilustrativa, Celso Antônio exemplifica alguns casos em que se nota com bastante clareza a concepção de que os interesses do estado enquanto pessoa jurídica, ou seja, os ditos interesses públicos secundários, em definitivo não são os interesses da coletividade. Assim acentua:

O Estado poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas de valores exagerados. Estaria, de tal modo, defendendo interesses apenas seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade; o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum o interesse de todos. (MELLO, 2015,p.30)

Outra questão de suma importância para que possamos bem delinear os contornos do conceito de interesse público é separá-lo do interesse da pessoa física que está investida da função pública. Com efeito, a função pública não pode se confundir com os interesses egoísticos e privados de seu agente, sob pena de incorrer-se em desvio de finalidade. Um exemplo bastante elucidativo é o caso do chefe do poder executivo estadual que deseja evitar a divulgação de notícia atinente

a conduta irregular praticada no exercício da função que se configuraria como ato de improbidade administrativa, ensejando responsabilização e podendo custar-lhe a perda do mandato. Aí está bem caracterizado o seu interesse particular de se manter no cargo e eventualmente continuar a usufruir das benesses do poder de modo ilícito, em detrimento do interesse público na divulgação da notícia que pode vir a ocasionar processo judicial que ateste o cometimento de condutas contrárias à moralidade administrativa.

#### **4.1. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS**

Tal teoria se relaciona à generalização indutiva dos interesses privados. O interesse público configurar-se-ia pela simples somatória dos interesses privados. Seria produzida uma espécie de avaliação aritmética, em que o interesse público corresponderia ao interesse comum homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo. Não haveria diferença qualitativa entre interesse público e interesse privado. Essa seria de natureza quantitativa apenas.

#### **4.2. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DE DETERMINADOS INTERESSES PRIVADOS**

De acordo com esta teoria pugna-se que nem todo o interesse privado poderia se constituir em interesse público. Existiriam assim duas categorias de interesses privados. Haveria aqueles que não poderiam em nenhuma hipótese se publicizar, e, portanto, se tornarem públicos, em razão da preponderância de fatores egoísticos, cuja conjugação não teria o condão de se transmutar num interesse da coletividade. Haveria, por outro lado, interesses privados transcendentais à individualidade e que poderiam dar origem a um interesse público, sempre que houvesse a possibilidade de ocorrer uma homogeneização coletiva.

#### **4.3. O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DA SOCIEDADE**

Conforme este posicionamento, o interesse público seria o interesse da sociedade vista como um todo orgânico, em sua concepção sociológica. Considera que o todo representa muito mais que o conjunto de indivíduos. A sociedade seria um sujeito distinto, inconfundível com os indivíduos que a integram. O interesse público seria o interesse da instituição social. Haveria, assim, uma autonomia da sociedade, que transcenderia, no tempo e no espaço, os indivíduos que a integram. Os interesses individuais, por esta concepção, não são o resultado da atuação autônoma do ser humano, desvinculada do meio que o circunda. Eles seriam a conjugação da individualidade com o ambiente social circundante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e sua incompatibilidade enquanto fundamento legitimador do Direito Administrativo no Estado Constitucional de Direito.

Foi abordado o conceito de interesse público, e apontada a necessidade de sua releitura tendo em vista o imperativo categórico do Estado Constitucional de Direito, consistente na concretização do postulado da dignidade da pessoa humana.

A existência de um princípio que, a priori, afirme a superioridade sobre todos os demais não se coaduna com a dogmática dos princípios na técnica de sopesamento quando haja conflito entre normas no caso concreto.

A concretização dos direitos fundamentais passa a ser a finalidade maior do Estado Democrático de Direito, advindo com a Constituição de 1988. Os direitos fundamentais constituem núcleo intangível e o seu rol integra o vértice axiológico do Estado, que já não mais constitui um fim em si mesmo.

Conforme José Afonso Da Silva, no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza. (SILVA, 2001). Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana. Como são normas positivas constitucionais, tais direitos irradiam eficácia plena e objetiva sobre todos os demais poderes, e vincula os agentes estatais, possuindo ainda alto grau de influência sobre as próprias relações privadas.

O núcleo do sistema constitucional passa a ser o postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Constitucional de Direito, e objetivo maior do Estado. Logo, o conceito interesse público não passa incólume a estes influxos doutrinários, que vêm remodelando o Direito Público causando verdadeira revolução copernicana sobre os demais ramos do direito, com intensidade maior no Direito Administrativo.

O postulado, na doutrina de Humberto Ávila, seria uma condição de possibilidade de conhecimento, e varia conforme o objeto cuja compreensão condiciona, daí a distinção que a doutrina faz entre postulados ético-políticos e postulados normativos (Ávila, 2006). Estes são compreendidos como sendo condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Não fornecem eles instrumentos para a efetiva solução de um problema jurídico, mas tão somente explicam como poderemos obter o conhecimento jurídico. São os métodos através dos quais se busca o conhecimento jurídico através da hermenêutica. Estão os postulados situados no âmbito das metanormas, eis que são responsáveis pela estrutura de aplicação de outras normas, tais quais os princípios e as regras. Como exemplo maior de postulado normativo, temos a dignidade da pessoa humana.

Donde resta clara a necessidade de releitura do conceito de interesse público para fins de fundamentar o regime jurídico administrativo, alterar o sentido do

princípio da supremacia do interesse público sob os influxos do Estado Constitucional de Direito. Não pode ser definido tão somente como a somatória dos interesses individuais, nem mesmo com os interesses do estado enquanto pessoa jurídica.

A existência de um princípio que em seu bojo propugna a superioridade do interesse público, contradiz a própria conformação dogmática dos princípios, que pressupõe a técnica da ponderação para a resolução de eventuais colisões entre princípios que disputam aplicação em um caso concreto.

Melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito um conceito que considere o interesse público como aquele que busca concretizar no plano dos fatos o postulado da dignidade da pessoa humana, sem a consideração apriorística de uma superioridade do interesse público, que representa ainda resquícios do viés autoritário que está na gênese do direito administrativo, quando analisados os seus institutos ainda vigentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Impetus, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, in Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da supremacia do interesse público**, Daniel Sarmiento (coord.), 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

BORGES, Alice Gonzalez, **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico. Vol. No 15, acesso ao site em 05 de Abril de 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

DICIONÁRIO da língua portuguesa on-line. Lisboa: Priberam Informática, 2007. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. **Miniaurélio Século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 4 ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 9ª Ed. Saraiva.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2006. 2ª Ed.

\_\_\_\_\_. **Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo**, disponível em [www.justenfilho.com.br](http://www.justenfilho.com.br).

CUNHA JR, Dirley da. **Direito Administrativo**, 3ª Ed., Salvador, JusPodivm, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**, 8ª Ed. São Paulo: Método, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

VADE MECUM SARAIVA. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 2. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

artigos  
científicos

## ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS À LUZ DO INSTITUTO DA ANALOGIA

### ANALYSIS ON THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE USE OF POLICE AGENT INFILTRATION IN LIGHT OF THE INSTITUTE OF ANALOGY

**Anna Luíza Soares Matte<sup>I</sup>**

<sup>I</sup>Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. <https://orcid.org/0009-0003-7862-194X>. [annaluizamatte@hotmail.com](mailto:annaluizamatte@hotmail.com)

**Cláudio Daniel de Souza<sup>II</sup>**

<sup>II</sup>Professor do curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter. Doutorando em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle com bolsa CAPES PROSUC. Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Graduado em Direito pela Universidade La Salle. Advogado. <https://orcid.org/0000-0001-6352-6155>. [claudiodaniel.adv@gmail.com](mailto:claudiodaniel.adv@gmail.com)

**Luan Christ Rodrigues<sup>III</sup>**

<sup>III</sup>Professor do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso. Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Graduado em Direito pela PUCRS. <https://orcid.org/0000-0003-4590-6482>. [luan.christ@unemat.br](mailto:luan.christ@unemat.br)

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.  
Aprovado/Approved: 29.06.2023/ June 29th, 2023.

## RESUMO

Analisar a constitucionalidade da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual. **Metodologia:** mune-se de pesquisa analítico-descritiva, com vertente conceitual e exploratória, que se utiliza do método de abordagem dedutivo para realizar revisão conceitual e contextual da Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo filósofo alemão Günther Jakobs, relacionando-a com os limites normativos da infiltração de agentes de polícia, dentro da concepção interpretativa extensiva, da interpretação analógica e da aplicação analógica. **Resultados:** o emprego da infiltração de agentes policiais, por meio da analogia, para a investigação de crimes cuja lei não preveja expressamente requisitos e normas autorizadoras de sua utilização, constitui clara e manifesta inconstitucionalidade, na medida em que há afronta aos direitos individuais que visam garantir a Dignidade da Pessoa Humana. **Conclusão:** é necessário ampliar o debate a respeito dos mecanismos processuais penais que afrontam direitos e garantias de investigados, uma vez que não se pode permitir violação indiscriminada a preceitos fundamentais em caso de aplicação analógica da infiltração de agentes de polícia em crimes que não preveem expressamente essa forma de obtenção de provas.

**Palavras-chave:** Infiltração. Agentes de Polícia. Direito Penal do Inimigo. Analogia. Investigação.

## ABSTRACT

To analyze the constitutionality of the infiltration of police officers in the face-to-face and virtual scope. **Methodology:** this paper is analytical-descriptive research of a

conceptual and exploratory approach, which uses the deductive method of approach to carry out a conceptual review of the Theory of Criminal Law of the Enemy, created by the German philosopher Günther Jakobs, relating it with the normative limits of the infiltration of police agents, within the extensive interpretative conception, the received interpretation and the received application. **Results:** the use of infiltration by police agents, by analogy, to investigate crimes whose law does not expressly provide for requirements and norms authorizing its use, constitutes clear and manifest unconstitutionality, insofar as there is an affront to individual rights that aim to guarantee Dignity of the Human Person. **Conclusion:** it is necessary to broaden the debate about the criminal procedural mechanisms that challenge the rights and guarantees of those investigated, since indiscriminate violation of fundamental precepts cannot be allowed in case of analogical application of the infiltration of police agents in crimes that do not expressly provide for this form of obtaining evidence.

**Keywords:** Infiltration. Police Officers. Criminal Law of the Enemy. Analogy. Investigation.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ELEMENTOS CONCEITUAIS E CONTEXTUAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO; 2. REQUISITOS AUTORIZADORES DA INFILTRAÇÃO POLICIAL; 3. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO; 4. ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA NA INVESTIGAÇÃO DE OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS EM LEI, POR MEIO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA; 4.1. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA VERSUS INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA VERSUS APLICAÇÃO ANALÓGICA; 4.2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA FRENTE À TENTATIVA DE EXTENSÃO DA SUA UTILIZAÇÃO EM OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise a respeito da possibilidade de utilização do método de obtenção de provas, conhecido como infiltração de agentes de polícia, por meio de aplicação analógica, para outros crimes além dos que já preveem esse método investigativo. Para tanto, traçou-se uma revisão bibliográfica a respeito da infiltração policial, levantando dados relativos ao histórico, ao conceito e a previsão deste, no ordenamento jurídico.

Portanto, indaga-se: é (in)constitucional a utilização da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual, por meio da aplicação analógica, para outros crimes, além dos já previstos na legislação atual?

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da infiltração de agentes de polícia no âmbito presencial e virtual. Foram delineados

os seguintes objetivos específicos: a) analisar os elementos histórico-evolutivos e conceituais da infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro; b) examinar os requisitos autorizadores para a concessão da infiltração de agentes policiais, prazo e demais orientações; c) compreender a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs; d) investigar dois métodos interpretativos da norma jurídica, chamados de interpretação extensiva e interpretação analógica, bem como o método integrativo, chamado de aplicação analógica.

Neste contexto, em um primeiro momento, é possível verificar como originou-se a infiltração policial no ordenamento jurídico brasileiro, a sua adaptação diante da evolução político-social e onde esse instituto está positivado nos dias de hoje. Com isso, foi possível verificar como se desenvolveu a primeira aparição legislativa da infiltração de agentes policiais, desde a forma física até sua adaptação para o meio virtual, causada pelo grande aumento da criminalidade no ciberespaço.

Tendo em vista que a infiltração de agentes de polícia não é legislativamente conceituada, o artigo busca, através de doutrinas especializadas, conceituar da melhor forma o instituto. Desse modo, é possível definir que a infiltração policial é uma forma especial de investigação em que o infiltrado esconde sua real identidade, simulando ser um criminoso, com o intuito de aproximar-se ou ingressar em um grupo criminoso e, com isso, possibilitar a coleta de provas e elementos informativos a respeito das infrações praticadas por seus integrantes, suas reais identidades, a forma e os locais de atuação e qualquer outro elemento que sirva para desmanchar o grupo.

Em seguida e para melhor entendimento, busca-se nas legislações pátrias, como a Lei de Crimes Organizado (Lei nº 12.850/13) e na Lei 13.441/17, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), explicar quais são os requisitos autorizadores para a concessão da infiltração de agentes policiais, prazo e demais orientações, a fim de compreender melhor esse método.

Em um segundo momento, estuda-se a Teoria do filósofo alemão Günther Jakobs, chamada de teoria do Direito Penal do Inimigo. Nesta parte do trabalho, busca-se demonstrar as possibilidades de comparação da ideologia criada por Jakobs com a infiltração de agentes de polícia, em razão dos elementos da teoria no método de investigação em questão.

Encaminhando-se para o fim, faz-se uma análise acerca de dois métodos interpretativos da norma, chamados de interpretação extensiva e interpretação analógica e de um integrativo, chamado de aplicação analógica.

Por fim, em complemento ao ponto anterior, analisa-se o direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, e da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida, previstos na Constituição Federal de 1988, a fim de descobrir se o Estado com o intuito de conceder a infiltração pessoal ou virtual em crimes que não preveem esse tipo de método investigativo, por intermédio da analogia, viola ou não direitos e garantias constitucionais.

## 1. ELEMENTOS CONCEITUAIS E CONTEXTUAIS DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro não trouxe elementos suficientes para conceituar o método de investigação denominado de infiltração de agente policial e, portanto, essa tarefa restou para os doutrinadores especialistas da área. Neste sentido, os autores Cleber Masson e Vinicius Marçal<sup>1</sup> definem o método investigativo como sendo:

um meio especial de obtenção de prova - verdadeira técnica de investigação criminal -, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa, ainda que virtualmente, em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

Sobre o tema, Nucci<sup>2</sup> afirma que a infiltração policial se assemelha à introdução da água em algum lugar ou coisa, avançando lentamente por pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem que seja presenciada. Aduz o autor, ainda, que:

o instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam, ingressar, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua a estrutura, divisão das tarefas e hierarquia interna.<sup>3</sup>

Walter Aguiar<sup>4</sup> também traz uma definição do método de investigação relatando que a infiltração policial serve para angariar provas que muito provavelmente não poderiam ser obtidas de outra maneira, através da atuação dissimulada de um agente do Estado, o qual passa a integrar a organização criminosa como se um deles fosse.

Acerca da natureza jurídica deste método investigativo, expõe Nucci<sup>5</sup> que pode ser considerado como um “meio de prova mista, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha.”

Segundo os doutrinadores Cleber Masson e Vinicius Marçal<sup>6</sup>, existem três tipos de características básicas desse método investigativo: a dissimulação, que faz referência à condição oculta que o agente de polícia se encontra e quais os seus reais objetivos; o engano, visto que o agente de polícia se encontra em uma encenação que vai possibilitar a obtenção de confiança da organização criminosa; e a interação, que é o contato direto e pessoal que ocorre entre o agente e os investigados.

Logo, a infiltração de agentes nada mais é do que uma forma especial de investigação onde o infiltrado esconde sua real identidade, simulando ser um

1 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p.162.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1022.

3 Idem.

4 AGUIAR, Walter Lacerda. A utilização do agente infiltrado de polícia no combate ao crime organizado. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, v. 1, n. 1, p. 13, 2017. Disponível em: <<http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-integra.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 131.

6 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

criminoso, com o intuito de aproximar-se ou ingressar em uma organização criminosa e, com isso, possibilitar a coleta de provas e elementos informativos a respeito das infrações praticadas por seus integrantes, suas reais identidades, a forma e os locais de atuação, bem como qualquer outro elemento que sirva para desmanchar a organização e para o processo penal.<sup>7</sup>

Posterior à promulgação da Carta Magna de 1988 e em meados das décadas de 80 e 90, surgiram grupos criminosos organizados que, conseqüentemente, aproveitaram-se do sistema penitenciário falido. Com o passar dos anos, o crime organizado foi tornando-se dia após dia mais complexo, o que exigiu, por parte do Estado, um posicionamento especial para o enfrentamento de maneira que não houvesse oposição aos valores do Estado de Democrático de Direito.<sup>8</sup>

A infiltração de agente de polícia, na modalidade pessoal, foi disciplinada pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 10.217/2001, que alterou o artigo 2º da Lei nº 9.034/95, a qual disciplinava, na época, sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Houve, portanto, a inserção do inciso V<sup>9</sup> ao mencionado dispositivo, que possibilitou, mediante autorização judicial sigilosa, a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, para investigar crimes praticados por organização criminosa.<sup>10</sup>

Posteriormente, em 2013, com a elaboração da nova lei de crimes organizados, Lei nº 12.850, ocorreu a revogação da Lei nº 9.034/95. Atualmente, a infiltração de agentes é disciplinada pela Lei 12.850/13 em seu artigo 3º, inciso VII, e em seu artigo 10 e seguintes da seção III, inserida no capítulo II, que trata sobre investigação e meios de obtenção de provas, regulamentando, de forma detalhada, quais são os critérios e requisitos de procedibilidade desse método de investigação<sup>11</sup>.

Ademais, cumpre destacar que as disposições da Lei nº 12.850/13 são aplicadas subsidiariamente, no que couber, para investigação de crimes relacionados ao terrorismo e ao tráfico de pessoas<sup>12</sup>. É o que dispõe o artigo 16 da Lei nº 13.260/16<sup>13</sup> e o artigo 9º, da Lei nº 13.344/2016.<sup>14</sup>

7 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de-htm>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

8 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

9 “Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas. (...) V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”. (BRASIL, 1995).

10 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

11 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17**. [s. l.], 2018. Disponível em: <[https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c\\_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26auth\\_type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite](https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26auth_type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite)>. Acesso em: 20 abr. 2022.

12 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

13 “Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei”. (BRASIL, 2016).

14 “Art. 9º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013”. (BRASIL, 2016).

No âmbito da Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06, também se verifica, especificamente no inciso I, do artigo 53,<sup>15</sup> a viabilidade de infiltração de agentes de polícia em tarefa de investigação, por meio de órgãos especializados, mediante autorização judicial, após oitiva do Ministério Público<sup>16</sup>.

Conforme afirmam Cristiano Reschke, Emerson Wendet e Mayumi Matsubayaci<sup>17</sup>, a infiltração de agente policial na investigação criminal, apesar de apresentar e/ou possuir complexa execução, é de extrema importância, e subdivide-se nas modalidades tradicional e virtual.

Em decorrência lógica do aumento dos crimes praticados por intermédio da rede mundial de computadores, a Lei nº 13.441/17 modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, com a consequente inserção dos artigos 190-A a 190-E, assentando a viabilidade da utilização da modalidade virtual de infiltração de agentes policiais para investigação de delitos praticados contra a dignidade sexual da criança e adolescente<sup>18</sup>.

Os artigos mencionados tratam sobre a infiltração virtual de polícia para a investigação de crimes contra a dignidade da criança e do adolescente e expõem o rol de crimes em que esse método de investigação é permitido, além de, alguns requisitos para a sua concessão.

A última norma que recentemente previu em sua redação a infiltração virtual de agente de polícia foi a Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, que alterou alguns dispositivos do ECA e da Lei de Crimes Organizados, possibilitando a espécie virtual de infiltração nesses crimes<sup>19</sup>. O dispositivo legal, ainda, acresceu na Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/98, artigo 1, §6º, a previsão de infiltração, sem sequer distinguir o método investigativo em presencial ou virtual. Tayná Andrade de Nóbrega<sup>20</sup> afirma que a infiltração de agentes é gênero, enquanto a modalidade virtual de infiltração é espécie.

Por fim, Cristiano Reschke, Emerson Wendt e Mayumi Matsubayaci<sup>21</sup> sustentam que a Lei nº 12.850/13 é tida como norma procedimental geral da técnica, ou seja, é o marco normativo procedimental da infiltração de agentes de polícia no Brasil

15 “Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (...) I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. (BRASIL, 2006).

16 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente:** Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. [s. l.], 2018. Disponível em: <[https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c\\_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas\\_4CBCE722%26auth\\_type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite](https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas_4CBCE722%26auth_type%3dsso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite)>. Acesso em: 20 abr. 2022.

17 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

18 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.; BRASIL. Lei nº 13.441, de 6 de outubro de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual da criança e de adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

19 BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14)>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

20 NÓBREGA, Tayná Andrade da. **Infiltração Virtual de Agentes Como Nova Técnica de Investigação Criminal**. Unipe, 2019. Disponível em: <<https://bdcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-VERS%C3%83O-FINAL.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

21 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

por trazer em seu diploma legal maior quantidade de informações a respeito da infiltração policial e por enfrentar questões importantes acerca do tema. Com isso, seus dispositivos servem para demais textos legais, naquilo que foram omissos.

## 2. REQUISITOS AUTORIZADORES DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

Importante saber que a infiltração de agentes de polícia, conforme exposto anteriormente, é um método investigativo o qual prevê no ordenamento jurídico penal brasileiro requisitos básicos para que haja a autorização deste instituto com o intuito de obtenção de provas.

Com isso, é no *caput* do artigo 10, da Lei de Organização Criminosa, artigo 53, inciso II da Lei de Drogas, o artigo 10-A da nova Lei de Crime Organizado e o artigo 190-A, incluído pela Lei nº 13.441/17, ao Estatuto da Criança e do Adolescente que é prevista a infiltração de agentes e que ela dar-se-á através da inserção, única e exclusiva, de um agente policial, o qual estará em tarefa investigativa.

Greco Filho<sup>22</sup> afirma que o agente infiltrado faz parte do instituto policial e, tem como objetivo desarticular organizações criminosas e angariar elementos probatórios, a partir do seu ingresso nos grupos e participação de suas atividades.

Nucci<sup>23</sup> afirma, da mesma forma, que o ato de se infiltrar em organização criminosa é exclusivo aos agentes policiais, sejam eles federais ou estaduais e que na lei revogada de crimes organizados, Lei nº 9.034/95, era permitido que essa técnica de investigação fosse executada também por agentes de inteligência. Tal entendimento era visto, por diversos doutrinadores, como um ato constitucionalmente duvidoso, uma vez que tais agentes não exercem função de polícia judiciária, e, dessa forma, não serem considerados aptos para coletar provas passíveis de serem utilizadas na ação penal. Em consequência disso, essa discussão foi objeto da ADI 1.570.

Corroborando o pensamento de Nucci, os doutrinadores Higor Vinicius Nogueira Jorge, Joaquim Leitão Júnior e William Garcez<sup>24</sup> aduzem que somente a polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal) é capaz de efetuar técnica especial de investigação. Ainda, neste sentido, os autores expuseram que o Superior Tribunal Federal no HC 147.437 resolveu que policial militar e agentes de inteligência da ABIN, estão impossibilitados de operarem como agentes infiltrados. Também, nos procedimentos investigatórios penais conduzidos pelo Ministério Público, o órgão é impossibilitado de indicar servidores da instituição para praticarem a infiltração, por não serem policiais.

Conforme explica a Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 144, §1º, inciso IV e I,<sup>25</sup> a Polícia Federal exerce, com exclusividade, as funções

22 GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de Organização criminosa**: Lei nº 13.850/13. São Paulo, 2014.

23 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

24 JORGE, Higor Vinicius Nogueira; JÚNIOR, Joaquim Leitão; GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodivm, 2021.

25 "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se

de polícia judiciária da União com o intuito de apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em prejuízo de bens, interesses e serviços da União, ou até mesmo, de suas empresas públicas e autarquias, assim como demais atividades que tragam consequências interestaduais ou internacionais os quais exijam igualdade na repressão.

Assim como o §4º, do referido dispositivo legal, ao discorrer que enquanto as Polícias Cíveis, incubem, observada a competência da União, também as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações, ressalvados os casos militares.<sup>26</sup> Logo, reforça-se a discussão da inconstitucionalidade referente à antiga Lei de Crime Organizado, que permitia a infiltração também de agentes de inteligência, os quais não exercem função de polícia judiciária.

Outro assunto que gera discussão não consensual entre os doutrinadores, é o momento em que ocorrerá a infiltração, pois, para alguns, o meio de prova só é possível na fase investigatória e para outros poderia ser utilizada durante a fase processual penal.

Para Masson e Marçal,<sup>27</sup> existem duas correntes que podem ser entendidas para o momento correto da aplicação da infiltração. A primeira corrente defende que somente será permitida a infiltração do agente de polícia no momento da primeira fase da persecução penal, mais especificamente, na fase do inquérito policial. Neste sentido, Aury Lopes Junior<sup>28</sup> coloca que:

(...) a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.<sup>29</sup>

Ainda neste sentido, os autores Cezar Roberto Bitencourt, Paulo César Busato, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Baltazar e Junior entendem que a infiltração somente cabe na fase de investigação, conforme artigo 12, §2º da Lei 12.850/2013<sup>30</sup> a qual estabelece que “os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público.”<sup>31</sup>

dispuser em lei; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. (BRASIL, 1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

26 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

“§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (BRASIL, 1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

27 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

28 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

29 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 160.

30 “Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado. (...) § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. (...) § 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado. § 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. § 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial”. (BRASIL, 2013).

31 ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de Agentes: Tomo Processo Penal. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes#anchor-titulo-index-15>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

Em complemento, o autor Everton Zanella<sup>32</sup> entra em consenso ao entender que:

(...) embora não haja vedação legal para a infiltração durante a fase judicial, ela, na prática é absolutamente inviável diante das dificuldades de ser concretizada ao longo do processo-crime. Pior que isso: ela feriria, a nosso Pover, os princípios da proporcionalidade (se já há processo em trâmite, a infiltração não seria a *ultima ratio* probatória), bem como ampla defesa e do contraditório (uma operação em andamento em fase de instrução judicial contraditória não poderia ser ocultada da defesa técnica – diferentemente do que ocorre com as diligências cautelares promovidas na fase investigativa).<sup>33</sup>

Já a outra corrente acredita na possibilidade da utilização da infiltração policial também no momento da ação penal. Com isso, Nucci<sup>34</sup> expõe sua ponderação a respeito do que considera ser o mais correto e pontua que:

(...) como regra, durante a investigação policial, por sugestão do delegado ou do Ministério Público, autorizada pelo juiz. Porém, nada impede, como a colaboração premiada, seja realizada igualmente durante a instrução criminal. Afinal, observa-se no art. 10, caput, da Lei 12.850/2013, que deve haver manifestação técnica prévia do delegado, quando a diligência for requerida pelo Ministério Público durante o curso do inquérito; a contrário senso, indicada pelo Parquet, durante o curso do processo, também é cabível, sem necessidade da referida manifestação da autoridade policial. Entretanto, quem a realizará será sempre o agente policial, de modo que é preciso estar em perfeita harmonia com a polícia judiciária para que haja qualquer sucesso na empreitada. Se requerida durante o processo, deve constar de incidente sigiloso, seguindo ao delegado para a viabilização.<sup>35</sup>

Diante disso, os dispositivos legais que preveem a infiltração de agentes de polícia como meio de obtenção de provas, são os artigos 10 e seguintes da Lei nº 12.850/13 e 190-A e seguintes Do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, discriminam alguns requisitos importantes os quais devem ser observados e respeitados rigorosamente. Caso contrário, há probabilidade de nulidade da prova.<sup>36</sup>

Tão logo, é necessário que este agente policial esteja em tarefa de investigação, uma vez que não é possível a produção de prova de modo informal, especialmente a infiltração. Por isso, é necessário que a instauração do inquérito seja em caráter sigiloso e dessa forma ocorra a infiltração.<sup>37</sup>

Ademais, o pedido da infiltração será feito a um juiz competente e, necessariamente, mediante representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público e a infiltração terá prévia, motivada, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, a qual determinará quais seus limites.

Em continuidade, preveem que quando o delegado de polícia representar pela infiltração, o juiz competente, antes de tomar sua devida decisão, deve ouvir o

32 Idem.

33 Idem, p. 45.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

35 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1023.

36 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1023 e ss.

Ministério Público, que analisará quanto aos pressupostos e requisitos para deferir ou não a infiltração.<sup>38</sup> Inversamente, entende-se que caso seja feito por meio de requerimento do Ministério Público, será necessária manifestação técnica e prévia do delegado de polícia, no sentido de que é necessário averiguar o quadro de profissionais com perfil adequado para o ato.<sup>39</sup>

Conseqüentemente, para que ocorra a inserção do agente no meio criminoso de forma sigilosa, cabe ao juiz responsável autorizar de forma motivada e sigilosa, além de, estabelecer os limites da infiltração com os devidos fundamentos jurídicos e justificativas.

Segundo Alessandra Gonçalves Sobrinho<sup>40</sup>, na autorização deve constar em seu teor o motivo do pedido para a infiltração de agentes, o tempo que perdurará essa ação investigatória, o local que aparentemente há indícios da ocorrência do delito e, ainda, qual(is) o(s) agente(s) que participará(ão) da empreitada.

Renato Brasileiro de Lima<sup>41</sup> disciplina que a motivação e a fundamentação da autorização judicial são de grande importância, uma vez que a infiltração não pode se tornar uma “carta branca” para violações ou arbitrariedades por parte do agente infiltrado. Além disso, acredita que há necessidade de monitoramento pelo magistrado com o intuito de garantir a inviolabilidade de algum direito constitucional fundamental.

Isso traduz a importância e indispensabilidade de observância do princípio da motivação das decisões judiciais<sup>42</sup>, pois conforme estabelece o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (1988):

(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nesse sentido, é possível perceber que para o início das atividades não deve haver qualquer atuação isolada do juiz, pois, além da infiltração ocorrer mediante representação do delegado de polícia ou a requerimento do Ministério Público<sup>43</sup>, ela não é permitida a decisão *ex officio*, pelo fato de que violaria o artigo 282, §2º do Código de processo Penal<sup>44</sup>, ou pelo sistema acusatório do ordenamento brasileiro.<sup>45</sup>

38 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

39 RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

40 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

41 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020

42 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

43 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

44 “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. (BRASIL, 1941).

45 PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17**. [s. l.], 2018. Disponível em: <[https://go.openathens.net/redirector/unistp.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c\\_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas\\_4CBCE722%26auth\\_type%3dso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite](https://go.openathens.net/redirector/unistp.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dtrue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas_4CBCE722%26auth_type%3dso%26custid%3dns000688%26lang%3dpt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite)>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Isso porque entende-se necessário que o Ministério Público se posicione, uma vez que o papel do juiz é manter igualdade processual para ambas as partes e caso o juiz decretasse de ofício a infiltração, comprometeria a sua imparcialidade, o que acarretaria na quebra do princípio da imparcialidade da autoridade judicial, visto que sua função é dizer o direito.<sup>46</sup>

Nesta seara, Aury Lopes Junior<sup>47</sup> explica que a função do Poder Judiciário é garantir os direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição Federal de 1988, ou seja, que “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos, do acusado no processo penal”. Junior<sup>48</sup> acrescenta, ainda, que o juiz de garantias “não tem uma postura inquisitória, não investiga e não produz prova de ofício”, pois ele se comporta como um juiz inerte que somente pode exercer sua atuação mediante a invocação do Ministério Público ou da polícia, que investigam os fatos, diferentemente de um juiz instrutor, que ativamente busca por provas.

Corroborando Lima<sup>49</sup>, ao afirmar que:

Afinal, a atuação de ofício do magistrado na fase pré-processual representa clara e evidente afronta ao sistema acusatório, além de violar a garantia da imparcialidade do magistrado. Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória, sob pena de auxiliar a acusação na colheita de elementos de informação que irão servir ao titular da ação penal para provocar o próprio exercício da atividade jurisdicional. A iniciativa da infiltração pelo juiz também representa usurpação à atribuição investigatória do Ministério Público e da Polícia Judiciária. Graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado, caso se admitisse que pudesse decretar a medida de ofício ainda na fase investigatória. O que lhe compete - e desde que seja provocado nesse sentido - é analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados. Prova disso, aliás, é a nova redação conferida ao art. 3º-A do CPP<sup>50</sup> pelo Pacote Anticrime, segundo o qual o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.<sup>51</sup>

Nucci<sup>52</sup> acrescenta que o entendimento do juiz das garantias, ou seja, o juiz que recebe diretamente as informações sigilosas contidas da investigação policial, está com a sua eficácia suspensa por força do STF. Ainda, para que haja o pedido de infiltração presencial ou virtual de agentes, é necessário que haja indícios de materialidade (*fumus comissi delicti*)<sup>53</sup>, ou seja, para a obtenção de autorização judicial deve haver prova mínima de existência do crime ou indícios (fatos comprovados que podem levar indiretamente, ao delito principal) de crimes praticados pelo indivíduo que deve ser investigado.

46 SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

47 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 166.

48 Idem.

49 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 851.

50 “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. (BRASIL, 1941).

51 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 851.

52 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

53 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Ademais, para provar os requisitos do pedido de infiltração, o artigo 11 da LCO,<sup>54</sup> aduz que, quando possível, deve ser indicado nomes e/ou apelido dos membros da organização criminosa. No mesmo sentido, é autorizada a infiltração virtual na internet, o artigo 10-A, *caput*,<sup>55</sup> da Lei de Organização Criminosa, desde que seja demonstrada sua necessidade e que sejam indicados os alcances máximos que poderão ser atingidos pelos policiais, os nomes e/ou apelidos das pessoas investigadas, e dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas, quando possível.<sup>56</sup>

No artigo 11, da Lei de Crime Organizado, é previsto o local da infração que, assim como o quesito dos nomes, é necessário indicar quando houver ciência da localização da infração e cabe dizer onde atua o grupo criminoso, porém não é algo exigido quando mencionado “quando possível”. Acontece que dificilmente será indicada a materialidade do crime ao magistrado sem apontamento da localização.<sup>57</sup>

Lima<sup>58</sup> aduz que “por força do princípio da proporcionalidade - subprincípio da necessidade -, dentre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente”.

Por esse motivo, Fioravante<sup>59</sup> destaca que a infiltração de agentes de polícia deve ser utilizada somente de forma excepcional e subsidiária, quando forem esgotados todos os outros métodos de investigativos eficazes e possíveis. Neste sentido, acaba denominando-se de *última ratio*.

De acordo com o artigo 10, §3, da Lei 12.850/13,<sup>60</sup> o prazo-limite estipulado para perdurar a infiltração presencial é de até 6 (seis) meses, podendo este ser renovado por iguais períodos de forma “ilimitada”. Contudo, cabe salientar que deve ser comprovada a necessidade de renovação do prazo, além de cada pedido ser analisado, detalhadamente, pelo juiz. Este prazo de 6 meses, porém, pode ser de menor período caso o magistrado entenda necessário e não se dará de forma automática.<sup>61</sup>

Em contrapartida, e conforme estipulado na Lei nº 12.850/13, é sabido que a infiltração pode ser cessada a qualquer momento, pois o agente policial tem direito assegurado de optar por fazer cessar ou recusar a atuação infiltrada e, além disso,

54 “Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”. (BRASIL, 2013).

55 “Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas”. (BRASIL, 2013).

56 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

57 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

58 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 843.

59 FIORAVANTE, Mariana. Tudo o que você precisa saber sobre a infiltração de agente policial. **Gran cursos online**, 2021. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-infiltracao-de-agente-policial/>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

60 “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. (...) § 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade”. (BRASIL, 2013).

61 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

esse ato de recusa do agente policial não pode ser visto como descumprimento de seu dever funcional. Essa previsão é considerada direito do agente, uma vez que, o policial se coloca diante de uma ação extremamente periculosa.<sup>62</sup>

Lima<sup>63</sup> (2020) explica, ainda, que seria muita ingenuidade do brasileiro pensar que a infiltração aclarará os diversos crimes cometidos pelos grupos criminosos ou, até mesmo, todos os seus integrantes dentro do prazo de 6 (seis) meses, visto a complexidade, extensão e intensidade da conduta delitiva prática.

Para que ocorra a continuidade do fato, sem que haja interrupções, é importante que o pedido de renovação do prazo seja feito com antecedência, pois, como já aferido, a autorização judicial deve ocorrer previamente à execução do método investigativo. Todavia, em caso de continuidade da infiltração ultrapassado o período estipulado pelo juiz, as provas ali obtidas não poderão ser consideradas válidas. Tal violação desrespeita o preceito atribuído no artigo 10, *caput*, da LCO.<sup>64</sup>

Já na infiltração virtual de agentes, conforme previsto no artigo 190-A,<sup>65</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo será respectivamente de até 90 dias, ou seja, sem excedê-lo, porém permitindo que renovações sejam feitas com período máximo de 720 dias, sem quaisquer prejuízos e demonstrada sua efetiva necessidade.<sup>66</sup> De forma semelhante, o artigo 10-A, §4º da Lei de Crime organizado prevê que a duração da infiltração virtual de agentes será mediante autorização do juiz competente no prazo de até 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado também por autorização judicial pelo prazo máximo de 720 (setecentos e vinte dias), desde que comprovada a sua necessidade.<sup>67</sup>

Diante da limitação de prazo para a infiltração virtual do agente de polícia, existem duas vertentes: A primeira aponta que as pesquisas feitas de forma virtual tendem a serem mais ágeis e fáceis, e por consequência não haveria motivos para a renovação ilimitada da operação;<sup>68</sup> a segunda vertente explica que houve estipulação do prazo determinado na infiltração virtual de agente.<sup>69</sup>

Fato curioso e que traz divergências de entendimentos é o relatório circunstanciado que deve ser elaborado pela autoridade policial, responsável pelos agentes infiltrados, detalhando de forma extrema a infiltração, com o fim de o juiz ter conhecimento pleno do que está acontecendo durante a infiltração, pois, neste caso, há violação de direitos individuais e para ter argumentos suficientes caso necessite

62 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

63 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

64 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020

65 "Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras". (BRASIL, 1990).

66 "Art. 190-A III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial". (BRASIL, 1990).

67 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020

68 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

69 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

ampliar o prazo da infiltração.<sup>70</sup> Ocorre que, a exemplo do Nucci<sup>71</sup>, o relatório deve ser apresentado a cada final de período aprovado pelo juiz.

Já para Lima<sup>72</sup>, não é necessária, nas renovações de prazo, a apresentação de relatório circunstanciado a cada renovação de prazo, “sob pena de frustrar a rapidez na obtenção de prova e até mesmo a própria segurança do agente infiltrado”. Ainda, aduz que o relatório deve ser apresentado somente após o término da infiltração policial, e caso necessário a qualquer tempo a pedido do Delegado de Polícia e/ou do Ministério Público.

Além disso, diferentemente do artigo 10, §4º, o Artigo 10-A, §5º e o artigo 10-D, da LCO, estabelece que o relatório circunstanciado deve ser apresentado em conjunto com os atos elaborados de forma eletrônica - por se tratar da infiltração virtual - e que tenham sido praticados durante a operação, de forma que tudo esteja armazenado, gravado e registrado com o fim de serem apresentados corretamente ao magistrado responsável.<sup>73</sup>

Não exagerado lembrar que, além do Juiz, quem mais poderá ter acesso aos autos é o Ministério Público e o Delegado de Polícia, além, claro, dos agentes de polícia que participarão da empreitada. Por obter conhecimento extensivo do caso investigado, o policial pode ser responsabilizado a ponto de responder pelos excessos praticados. Ademais, no artigo 10-C da LCO<sup>74</sup> e no artigo 190-C, do ECA,<sup>75</sup> aduz que os policiais não cometem crime por ocultarem sua identidade em casos de obtenções de provas, indícios de materialidade e de autoria, por meio da internet.

Portanto, para finalizar, percebe-se que a infiltração de agentes, tanto por meio presencial quanto por meio virtual, é considerada uma modalidade de investigação, que tem como objetivo a apuração dos crimes em que há possibilidade legal de utilização do método investigativo.

### 3. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este capítulo, de forma sintetizada e sem esgotar o assunto, tratará sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, cuja análise se torna indispensável para a conclusão a que se destina o presente estudo e que também procura demonstrar a impossibilidade de comparação com o método investigativo mencionado e explicado: a infiltração de agentes de polícia.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo filósofo, professor, jurista e alemão Günther Jakobs, em uma palestra exposta na Universidade de

70 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

71 Idem.

72 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p.844.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

74 “Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei”. (BRASIL, 2013).

75 “Art. 190-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. (Código Penal)”. (BRASIL, 1990).

Bonn, na Alemanha, no ano de 1985. Todavia, a rejeição da teoria, em um primeiro momento, fez com que o pensador alemão a aprimorasse, flexibilizando-a.

A teoria do filósofo alemão começou a ganhar mais visibilidade no início do Século XXI, mais especificamente nos Estados Unidos da América, após o ataque terrorista às torres gêmeas, que causou temor e insegurança na população mundial.<sup>76</sup> Diante desse atentado, Zaffaroni explicou que Direito Penal norte americano

[...] encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo. Ao mesmo tempo tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque de preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo. Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deterioração cultural, não política, em sua sociedade, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se pelo desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética. [...] o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa ideia de terrorismo, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes.<sup>77</sup>

Para tanto, Jakobs utilizou-se da ideia de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant para sustentar sua teoria, filósofos que se destacam como precursores deste entendimento. Günther afirma que, para Rousseau, não era mais visto como parte do Estado aquele indivíduo que atentasse contra o contrato social. O indivíduo por estar em guerra com o Estado, conseqüentemente, deve ser punido e tratado como inimigo. O segundo pensador que embasou as ideias de Jakobs, Fichte, de forma muito semelhante à Rousseau, afirmava que quem quebrasse o contrato cidadão, o qual deveria ser mais zelado, perderia todos seus direitos previstos frente ao Estado.<sup>78</sup>

Segundo Jakobs, Hobbes defendia a ideia de que os cidadãos, a partir do momento em que estavam sujeitos a um contrato social, deveriam permanecer em situação de submissão ao Estado, o que permitiria que fossem tratados como indivíduos detentores de seus direitos. Ademais, Hobbes entendia que o status de cidadão só seria perdido caso houvesse alta traição, tendo em vista que este ato caracterizaria quebra do status de submissão. Assim sendo, deveria o infrator do contrato social receber tratamento e castigo como inimigo.<sup>79</sup>

76 BRITO, Thammy Islamy Carlos. O Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs. **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em 13 mai. 2022

77 ZFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 65.

78 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 18.

79 Idem, p. 19.

Outrossim, Jakobs expõe que Kant afirmava que o indivíduo que não se alinhasse com ao Estado, ou ao que se propunha ao “Estado comunitário-legal”, deveria ser tratado como inimigo, perdendo a qualidade de pessoa, cidadão de direitos.<sup>80</sup>

O autor Günther, na obra “O Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas”<sup>81</sup>, aduz:

(...) afirma Rosseau que qualquer «malfeitor» que ataque o «direito social» deixa de ser «membro» do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: «ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão». De modo similar, argumenta Fichte: «quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos». (...)Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão:13 o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: «Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos» (...) Consequentemente, quem não participa na vida em um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado», como anota expressamente Kant «como um inimigo».<sup>82</sup>

Segundo a teoria de Jakobs<sup>83</sup>:

Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Então, nota-se que podem existir dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seguimento remete que cidadão é quem oferece a certeza de que voltará a seguir as normas mesmo após o cometimento de um crime. Todavia, o segundo traz a figura do inimigo, que é quem não demonstra, tampouco, se compromete em continuar seguindo fielmente as normas regidas pelo Estado.

O Direito Penal do Cidadão, conforme de Jakobs<sup>84</sup>, significa conferir a amplitude das garantias penais e processuais penais existentes do ordenamento jurídico ao indivíduo, mesmo que autor de um crime de menor ofensividade. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo faz referência àquele cidadão que deve ser visto como

80 Idem.

81 Idem.

82 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 18-20.

83 Idem, p. 25.

84 Idem.

perigo extremo, a ponto de querer intimidar as pessoas, conspirando, de forma permanente, contra o Estado, tendo como fim a guerra.

Neste sentido, Jakobs<sup>85</sup> explica que “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.”

De maneira mais clara, tal teoria expõe uma diferenciação entre o Direito Penal do Inimigo, que faz referência aos infratores considerados de extrema periculosidade, compreendidos como aqueles que já cometeram ou que cometerão crimes gravíssimos perante a sociedade e, por consequência disso, sofrerão penas severas. O Direito Penal do Cidadão, por outro lado, também se refere a indivíduos infratores de crimes de menor ofensividade, os quais, no entanto, conseguem manter preservadas seus direitos e garantias fundamentais, assegurando assim seu *status* de cidadão e expectativa de reintegração à sociedade após cumprimento da pena.<sup>86</sup>

Logo, a teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Jakobs, procura punir sujeitos que são considerados extremamente perigosos da forma mais cruel possível, ou seja, suprimindo e relativizando direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de punir os inimigos do Estado, como organizações criminosas, grupos organizados, terroristas etc., de forma preventiva ou antecipando a pena.

Bruno Florentino Matos<sup>87</sup> acrescenta que a teoria de Jakobs considera o inimigo uma “coisa” e por isso acaba sendo anulado da sociedade, isto é, deixa de ser considerado cidadão e nem mesmo sujeito frente ao processo. Este indivíduo não é passível de ter um procedimento penal legal (processual), mas sim de guerra.<sup>88</sup>

Segundo as Velocidades do Direito Penal, criadas por Jesus-Maria Silva Sanchez<sup>89</sup>, a Teoria do Direito Penal do Inimigo se enquadraria em um direito de terceira velocidade, pois é considerada como uma velocidade mesclada, entre a primeira e a segunda, ou seja, tem como objetivo aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), em conjunto da flexibilização das garantias para este fim (segunda velocidade), o que é extremamente incompatível com as garantias constitucionais brasileiras. Neste sentido, Sanchez advoga que:

A meu juízo, seriam “duas velocidades” do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haveria de se manter os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de

85 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20-21.

86 SANTOS, Pedro. O Direito Penal do Inimigo Como Sintoma do Direito Penal Simbólico. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://pvtor2013.jusbrasil.com.br/artigos/1203001787/o-direito-penal-do-inimigo-como-sintoma-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 12 mai. 2022.

87 MATOS, Bruno Florentino de. Direito Penal do Inimigo. Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, se criou uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

88 Idem.

89 SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. (...) Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renúncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.<sup>90</sup>

Foram usados três elementos para fundamentar a teoria: o primeiro é a antecipação de punibilidade ou da punição do inimigo, sendo assim, o que será punido não é o fato pretérito e sim o que será produzido pelo agente; o segundo lugar são as penas previstas desproporcionalmente altas; e por fim, o terceiro que é a relativização ou perda total de garantias processuais e a criação de legislações severas e cruéis direcionadas ao indivíduo de extrema periculosidade.<sup>91</sup>

Neste mesmo sentido, Gomes<sup>92</sup> apresenta as características encontradas por ele na teoria de Jakobs:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.<sup>93</sup>

É claro, portanto, que o Direito Penal do Inimigo desrespeita princípios basilares do ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, tais como: o princípio da legalidade, da proteção dos bens jurídicos, da segurança jurídica, da igualdade, da presunção de inocência, da proporcionalidade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e demais garantias processuais.

Após este estudo sobre a teoria criada pelo filósofo alemão Günther Jakobs, e com base em suas características, surge o questionamento acerca da constitucionalidade ou não de utilização do método processual penal e investigativo de infiltração, pessoal ou virtual, de agente policial.

90 SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 196.

91 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

92 GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004. p. 2.

93 GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004. p. 2.

Poderia, portanto, a utilização do instrumento investigativo da infiltração de agente policial ser considerado inconstitucional por apresentar, em algumas circunstâncias, traços da teoria do Direito Penal do Inimigo? Em princípio sim, pois a Carta Magna de 1988 prevê insculpido como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, prevista em seu artigo 1º, inciso III. Partindo dessa premissa, qualquer forma de restrição ou de violação a direitos e garantias constitucionalmente previstos traduziria em manifesta irregularidade e inconstitucionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro estão positivadas medidas processuais penais que também possuem características da teoria do Direito Penal do Inimigo, que são objeto constante de discussões acerca de seu caráter constitucional. Neste sentido, cita-se as medidas cautelares diversas à prisão, estipuladas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, prevista no capítulo III, do Código de Processo Penal, a prisão temporária, disciplinada na Lei nº 7.960/89, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), regulamentado na Lei De Execuções Penais (nº 7.210/84), a interceptação telefônica e a captação ambiental previstas na Lei 9.296/96.

A infiltração de agente policial, tanto pessoal como virtual, restringe direito à intimidade do investigado, com a justificativa da busca para angariar elementos informativos a fim de tutelar os mais diversos bens jurídicos passíveis de violação.

Os mecanismos processuais anteriormente citados a título de exemplo, restringem direitos e garantias fundamentais mais importantes e basilares ao ser humano, tais como o direito à liberdade de locomoção, à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Diante disso, é possível perceber que a infiltração de agentes de polícia – pessoal ou virtual, possui características semelhantes aos traços da teoria de Günther Jakobs, na medida em que traz em sua essência elementos justificadores do Direito Penal do Inimigo. Muito embora tenha expressa previsão legal, o método investigativo é passível de discussão acerca da constitucionalidade, na medida em que coloca em jogo os direitos fundamentais do investigado e, sobretudo, o processo penal acusatório, se é que se pode falar em processo acusatório no Brasil.

Importante mencionar, novamente, que no Brasil a infiltração é regulamentada com uma série de requisitos a serem preenchidos de acordo com o caso concreto, como exposto no capítulo anterior, sendo que sempre deverá ser a última alternativa (*ultima ratio*) de investigação, o que ratifica seu caráter inquisitorial.

Visto isso, é possível concluir que a infiltração de agentes de polícia é uma modalidade investigativa que restringe o direito à intimidade do investigado, que possui como justificativa o bem-estar social coletivo, se mostrando, portanto, inconstitucional à luz do Direito Penal do Inimigo, na medida em que apresenta particularidades da teoria.

Após expor, neste capítulo, que a infiltração de agentes policiais possui características da teoria do Direito Penal do Inimigo, o próximo capítulo tratará sobre três institutos do direito processual penal, visualizados no contexto da utilização da infiltração de agentes da polícia na investigação de outros crimes, que não os já previstos em lei, por meio de aplicação analógica.

#### 4. ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA NA INVESTIGAÇÃO DE OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS EM LEI, POR MEIO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA

Este capítulo tratará sobre três institutos que podem ser utilizados no direito processual penal e que de certa forma geram muita discussão sobre suas utilizações, são eles: a interpretação extensiva; a interpretação analógica; e a aplicação analógica. Ao final, será feita uma análise acerca da (in)constitucionalidade da utilização da infiltração de agentes de polícia em outros crimes, que não os já previstos em lei, por meio de aplicação analógica.

##### 4.1. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA VERSUS INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA VERSUS APLICAÇÃO ANALÓGICA

Para melhor compreensão do primeiro ponto deste capítulo é preciso entender que, no âmbito jurídico, a interpretação faz parte do dia a dia do operador do direito, isso, pois, é comum que ele se depare com uma lacuna, ou seja, um vazio normativo. A interpretação é bastante comum, pois seria humanamente impossível que o legislador pudesse prever todas as situações praticadas pelos cidadãos. Dessa forma, a interpretação é utilizada para buscar o limite de aplicação da norma e o efetivo significado que ela traz em sua redação.

Toda a lei necessita de interpretação, por mais clara que ela possa ser. Pode parecer redundante falar que o real objetivo de interpretar uma norma é buscar aquilo que a lei quer dizer ao seu aplicador, sua vontade (*mens legis*), e não propriamente a vontade do legislador (*mens legislatoris*).<sup>94</sup>

A interpretação quanto ao resultado pode ser subdividida em declaratória, restritiva, progressiva e extensiva. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>95</sup> aduzem que:

Seguindo a mesma linha, a interpretação ainda pode ser: (a) declarativa: há uma exata correspondência entre o texto da lei e aquilo que ela desejou externar; (b) restritiva: a norma disse mais do que deveria desejava, cabendo ao intérprete aparar as arestas, para aferir o seu real alcance; (c) extensiva ou ampliativa: o texto da lei ficou aquém do que desejava. Necessita-se ampliar o seu alcance, para que assim possamos

94 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

95 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 63.

atingir o seu significado; (d) progressiva, adaptativa ou evolutiva: o direito é dinâmico e os fenômenos sociais não são estanques, exigindo do intérprete o esmero na atualização dos diplomas normativos, pois a realidade o impõe, dando-se efetividade à norma não trabalhada ou não modernizada pelo legislador.<sup>96</sup>

A interpretação declaratória é quando o intérprete da lei consegue plenamente identificar a literalidade da norma, o que ela quer expor, ou seja, não é ampliada ou restringida à abrangência da norma positivada. Já a interpretação restritiva, como o próprio nome já diz, é aquela que restringe a abrangência da norma, pois, neste caso, a norma disse mais do que deveria dizer. Ademais, a interpretação progressiva, também chamada de adaptativa ou evolutiva, é aquela utilizada quando há necessidade de adaptação da própria lei frente às evoluções político-econômico-sociais ou, ainda, morais, que perderam seu sentido frente aos dias atuais vividos.

Por fim, a interpretação extensiva é um método de interpretação prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>97</sup> e utilizada quando, por falha do legislador, a norma não é capaz de transmitir, de forma clara, total compreensão, ou seja, não explica tudo que deveria. Desta forma, deixando para o magistrado interpretá-la, fazendo com que o seu alcance seja ampliado, de forma que ultrapasse a previsão da redação do dispositivo.

Nucci<sup>98</sup> expõe que

(...) a interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada. Ex.: quando se cuida das causas de suspeição do juiz (art. 254, CPP), deve-se incluir também o jurado, que não deixa de ser um magistrado, embora leigo. Onde se menciona no Código de Processo Penal a palavra réu, para o fim de obter liberdade provisória, é natural incluir-se indiciado. Amplia-se o conteúdo do termo para alcançar o autêntico sentido da norma.<sup>99</sup>

Renato Brasileiro de Lima<sup>100</sup>, em sua obra, exemplifica para melhor entendimento da interpretação extensiva as hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, previsto no artigo 581 do Código de Processo Penal. O doutrinador diz que parte minoritária da doutrina sustenta o fato de a enumeração ser taxativa, sem possibilidade de ampliação do entendimento, embora majoritariamente se entenda pelo cabimento da interpretação extensiva, sendo vedada, apenas, a ampliação para casos que a lei expressamente excluiu. Neste sentido, o autor declara que:

(...) na hipótese de recebimento da peça acusatória, não se pode cogitar do cabimento do RESE, já que ficou clara a intenção do legislador de só

96 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 63.

97 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. "Art. 3o. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". (BRASIL, 1940). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2022.

98 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 76.

99 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 76.

100 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 96.

admitir o recurso quando houver o não recebimento da inicial acusatória. Porém, como a lei prevê o cabimento de RESE contra a decisão que não receber a denúncia ou a queixa (CPP, art. 581, I), não há razão lógica para não se admitir o cabimento do recurso também para a hipótese de rejeição do aditamento. Cuida-se, na verdade, de omissão involuntária do legislador, que pode ser suprida pela interpretação extensiva.<sup>101</sup>

Como outro método de interpretação da lei é a interpretação analógica, utilizada quando o aplicador do direito notar que, dentro da norma interpretada, o legislador trouxe uma série de exemplos e, ao final, utilizou-se de expressão genérica, trazendo a regra geral.

Iara Boldrini Sandes<sup>102</sup> explica que “entende-se por interpretação analógica o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através de método de semelhança.” Este instituto não se confunde com o anteriormente citado, visto que a interpretação extensiva é o processo de extração do significado original da norma, expandindo a abrangência das normas, com o intuito de buscar o real objetivo do texto normativo.

Renato Brasileiro de Lima<sup>103</sup> expõe e traz exemplo da aplicação do instituto:

Como o legislador não pode prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já elencadas, a interpretação analógica permite, expressamente, a ampliação do alcance da norma. Atento ao princípio da legalidade, o legislador detalha as situações que pretende regular, estabelecendo fórmulas casuísticas, para, na sequência, por meio de uma fórmula genérica, permitir que tudo aquilo que a elas for semelhante também possa ser abrangido pelo mesmo dispositivo legal. Em síntese, a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao intérprete, segue-se uma fórmula genérica. A título de exemplo, ao inserir no art. 185, § 2º, do CPP a possibilidade de utilização da videoconferência, a Lei nº 11.900/09 teve o cuidado de autorizar a realização do interrogatório por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Como se percebe, atento aos avanços da tecnologia, o próprio dispositivo legal admite a utilização de outras modalidades de transmissão de sons e imagens em tempo real que porventura venham a surgir, desde que semelhantes à videoconferência. Diversamente da analogia, que é método de integração, a interpretação analógica, como o próprio nome já sugere, funciona como método de interpretação. Logo, neste caso, apesar de não ser explícita, a hipótese em que a norma será aplicada está prevista no seu âmbito de incidência, já que o próprio dispositivo legal faz referência à possibilidade de aplicação de seu regramento a casos semelhantes aos por ele regulamentados.<sup>104</sup>

Por outro lado, diferentemente dos dois institutos mencionados, por não ser um mecanismo de interpretação e sim uma forma integrativa da lei, a analogia,

101 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 96.

102 SANDES, Iara Boldrini. Perguntas e Respostas: Qual a diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva? **JusTocantins**, 2012. Disponível em: <<https://www.justocantins.com.br/noticia-9583-perguntas-e-respostas-qual-a-diferenca-entre-analogia-interpretacao-analogica-e-interpretacao-extens.html>>. Acesso em: 25 mai. 2022.

103 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

104 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

também chamada de integração ou aplicação analógica, ocorre quando há uma lacuna ou inexistência de uma norma reguladora para o caso concreto, permitindo-se a aplicação de dispositivo semelhante. Conforme os autores Nestor Távora e Fábio Roque Araújo<sup>105</sup>, a analogia tem como fundamento a ideia de que “onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*)”.

Fábio Roque Araújo e Klaus Negri Costa<sup>106</sup> aduzem que a analogia “É empregar uma norma processual a um fato por ela não abrangido, de modo a se aplicar o mesmo direito onde houver a mesma razão. Trata-se de forma de autointegração da norma – e não de uma interpretação literal.”. Neste sentido, é como se houvesse a criação de um dispositivo jurídico para regular situações sem previsão jurídica.

Lima<sup>107</sup> além de corroborar com os autores citados, acrescenta que

Não se trata, a analogia, de método de interpretação, mas sim de integração. Em outras palavras, como ao juiz não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a – *non liquet* (art. 140 do novo CPC) –, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, com o objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico.<sup>108</sup>

A analogia ainda pode ser apresentada como analogia *legis* e analogia *iuris*. A primeira forma cabe por consequência da lacuna criada na lei, aplicando-se dispositivo legal utilizado em caso equivalente, a fim de suprir esta omissão. Já a segunda forma, *iuris*, é quando em consequência da omissão da lei a solução pode ser encontrada nos princípios jurídicos.<sup>109</sup>

Este instituto está previsto expressamente na redação do artigo 3º do Código de Processo Penal,<sup>110</sup> assim como na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB, mais especificamente em seu artigo 4º.<sup>111</sup> Visto isso, não resta dúvidas de que a analogia pode ser perfeitamente utilizada no Direito Processual Penal.

Todavia, majoritariamente se entende pela possibilidade de utilização da analogia no processo penal tanto em prejuízo do réu (*in malam partem*),<sup>112</sup> quanto em seu

105 TÁVORA, Nestor. ARAUJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Jurispodivm, 2016. p. 25-26.

106 ARAUJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 17.

107 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

108 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020. p. 99.

109 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017.

110 “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1941).

111 “Art. 4 Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1942).

112 “HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PROVA NOVA SUPERVENIENTE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. LEGITIMIDADE. NULIDADE DO JULGAMENTO. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo o disposto no art. 397 do CPC aplicável, por analogia, ao processo penal, por força do art. 3º do CPP, “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”(…)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 545.097/SP**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 08 out. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295645905/habeas-corpus-hc-545097-sp-2019-0338044-2>>. Acesso em: 13 mai. 2022.; e “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS DEFENSIVOS NÃO EXAMINADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. INVIABILIDADE DO HABEAS CORPUS PARA DISCUTIR REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL DE OUTRO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 192814 AgR**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 nov. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154706402/habeas-corpus-hc-192814-rj-0105763-0320201000000/inteiro-teor-1154706406>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

benefício (*in bonam partem*).<sup>113</sup> Por esse motivo, acaba diferenciando-se no Código Penal, o qual admite apenas a aplicação analógica em benefício do réu (*in bonam partem*).<sup>114</sup>

Os autores, Nestor Távora e Rosmar Alencar<sup>115</sup> expressam que:

Assim, em face da omissão involuntária da lei, aplicamos norma que disciplina fato análogo. Ao contrário do que acontece no direito penal, no âmbito do qual a analogia não pode ser utilizada em prejuízo do réu, na esfera processual ela goza de ampla aplicação. Todavia, deve-se interpretar com reservas a admissibilidade da analogia quando se trata da restrição cautelar da liberdade, ou quando importe em flexibilização de garantias, o que seria intolerável à luz da Constituição Federal.<sup>116</sup>

Neste mesmo sentido, Fábio Roque e Klaus Negri<sup>117</sup>, afirmam que a analogia é um instituto que somente pode ser utilizado em prejuízo e em benefício do réu no Processo Penal. Porém, os autores ressaltam a impossibilidade da utilização do instituto da analogia, em prejuízo do réu, no âmbito do direito processual penal, quando restringir direitos e garantias constitucionais.

#### 4.2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA FRENTE À TENTATIVA DE EXTENSÃO DA SUA UTILIZAÇÃO EM OUTROS CRIMES, QUE NÃO OS JÁ PREVISTOS

Dando seguimento, a fim de responder o questionamento principal do trabalho, este tópico analisará a (in)constitucionalidade da utilização do método de infiltração, pessoal ou virtual, de agentes de polícia para a investigação de outros crimes, que não os já previstos em lei.

Como exposto anteriormente, há a possibilidade de aplicação analógica no âmbito processual penal, mesmo que *in malam partem*, desde que, no entanto, não implique em restrição a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Esse ponto é crucial para que seja formulada a resposta do presente artigo, uma vez que é sabido que a infiltração de agentes pode atingir alguns dos direitos constitucionais como o direito de não produzir provas contra si mesmo, também

113 "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.910.240-MG- Recurso Repetitivo - Tema 1084**. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1221596328/recurso-especial-resp-1910240-mg-2020-0326002-4>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

114 TÁVORA, Nestor. ARAUJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Jurispodivm, 2016.

115 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 59.

116 TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2017. p. 59.

117 ARAUJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.

conhecido como *nemo tenetur se detegere*, e da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada.

Essas garantias estão previstas tanto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LVII<sup>118</sup> e LXIII,<sup>119</sup> quanto na Convenção de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, §2º, alínea g.<sup>120</sup>

O direito de não produzir provas contra si mesmo originou-se do princípio da presunção de inocência e do direito do preso de permanecer em silêncio.<sup>121</sup>

Assim, o princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não culpabilidade, conforme a literalidade da sua previsão, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, quer dizer que todo indivíduo acusado deve ser considerado inocente até que haja sentença transitada em julgado. Já o direito ao silêncio, também chamado de direito de permanecer calado, é aquele o investigado tem de não falar nada sobre o que está sendo acusado, e isso não ser utilizado em seu prejuízo.<sup>122</sup>

Corroborando, Eugênio Pacelli<sup>123</sup> aduz que:

Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, *caput*, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma.<sup>124</sup>

Visto isso, nota-se que o indivíduo investigado através da utilização de agentes policiais infiltrados está em constante produção de provas contra si mesmo, uma vez que o policial, ao conquistar a confiança e fazer parte do dia a dia do investigado, conseguirá informações privilegiadas, de modo sigiloso, das atividades delituosas praticadas pelo indivíduo.

118 “Art. 5º. (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

119 “Art. 5º. (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (BRASIL, 1988).

120 “Art. 8º. Garantias judiciais; §2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; g: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. (BRASIL, 1992).

121 FIGUEIREDO, Ticiano. Parecer da AGU não reconhece direito positivado. *Conjur*, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-11/direito-nao-produzir-prova-si-mesmo-positivado>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

122 SANTOS, Luciano Aragão. O direito de não produzir prova contra si mesmo: “nemo tenetur se detegere”. *DireitoNet*, 2009. Disponível em: <[123 PACELLI, Eugênio. \*Curso de Processo Penal\*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 487.](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20%22nemo%20tenetur%20se.um%20direito%20fundamental%20do%20cidad%C3%A3o.></a>>. Acesso em: 26 mai. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

124 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 487.

O outro direito fundamental que também pode ser violado durante a infiltração de agentes é o da intimidade e da vida privada do investigado. Previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal <sup>125</sup>, esses direitos têm como objetivo proteger as liberdades individuais e visa à garantia da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste sentido, o investigado, após confiar no policial infiltrado, expõe a sua intimidade, compreendida esta em seu aspecto subjetivo, interno, bem como a sua vida privada, consubstanciada na relação externa da intimidade para com a sociedade. Ou seja, com o intuito de angariar provas das atividades criminosas, acaba-se obtendo informações além das necessárias para comprovar a materialidade e autoria delitivas.

Diante disso, é possível afirmar que valer-se da analogia, prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal, para utilizar o método de infiltração policial, pessoal ou virtual, com o intuito de investigar crimes, para os quais a lei não autoriza expressamente esse artifício, constitui-se em evidente violação à Constituição Federal, tendo em vista que, por certo, acabará violando direitos e garantias individuais em clara afronta à dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou de conceituar, inicialmente, o método investigativo de infiltração de agentes de polícia, com base em doutrinadores especialistas.

Posteriormente, destacou-se a evolução do método investigativo no âmbito jurídico brasileiro, analisando-se os dispositivos legais de cada legislação que prevê, expressamente, a infiltração de agentes e seus requisitos autorizadores básicos e necessários, além dos prazos específicos e das modalidades deste instrumento de obtenção de provas.

Na sequência, analisou-se a Teoria do Direito Penal do Inimigo, esclarecendo que a infiltração de agentes policiais contém elementos característicos desta teoria, a qual possui como essência a relativização e a restrição de direitos e garantias individuais, constitucionalmente previstos, e, por este motivo, pode ser considerada advinda, mesmo que indiretamente, da ideologia de Jakobs.

Explorou-se a diferenciação e as particularidades dos institutos da interpretação extensiva, interpretação analógica e aplicação analógica. Destacou-se, para tanto, que a aplicação analógica, ainda que possível sua utilização *in malam partem*, em âmbito processual penal, não será admitida, em hipótese alguma, quando ofender direitos e/ou garantias constitucionais do investigado.

125 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2022. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988).

Destacou-se que os direitos fundamentais e garantias constitucionais estão sujeitos à violação em caso de aplicação analógica da infiltração de agentes de polícia, tanto virtualmente quanto pessoalmente, em crimes que não preveem expressamente essa forma de obtenção de provas.

Concluiu-se, portanto, que o emprego do método investigativo da infiltração, por meio da analogia, para a investigação de crimes cuja lei não preveja expressamente requisitos e normas autorizadoras de sua utilização, constitui clara e manifesta inconstitucionalidade, na medida em que há afronta aos direitos individuais que visam garantir a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, se mostra necessária a ampliação do debate a respeito de mecanismos processuais penais que afrontam direitos e garantias de investigados, uma vez que não se pode permitir violação indiscriminada a preceitos fundamentais, eis que são a base do ordenamento jurídico brasileiro, e somente assim será possível obter plenitude, ao fundamento constitucional da dignidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Walter Lacerda. A utilização do agente infiltrado de polícia no combate ao crime organizado. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-integra.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2022.
- ARAUJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático** – Parte Geral. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- ARAUJO, Fábio Roque. COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 02 abr. de 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.690, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agora de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm)>. Acesso em: 02 abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.441, de 6 de outubro de 2017.** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual da criança e de adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13441.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art14)>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 192814 AgR.** Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 30 nov. 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154706402/habeas-corpus-hc-192814-rj-0105763-0320201000000/inteiro-teor-1154706406>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 545.097/SP.** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 08 out. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1295645905/habeas-corpus-hc-545097-sp-2019-0338044-2>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.910.240-MG- Recurso Repetitivo - Tema 1084.** Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 26 mai. 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1221596328/recurso-especial-resp-1910240-mg-2020-0326002-4>>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRITO, Thammy Islamy Carlos. O Direito Penal do inimigo de Gunther Jakobs. **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em 13 mai. 2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. **Dizer o direito**, 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/05/comentarios-infiltracao-de-agentes-de.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2022.

COSTA JUNIOR, José Carlos Teixeira. Limites da infiltração policial na internet e a invasão de dispositivo informático: o advento da lei 13.441/2017. **Repositório UFBA**, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26249/1/Jos%20Carlos%20Teixeira%20Csta%20J%20c3%20banior%20-20Infiltra%20a7%20a3o%20policial%20na%20Internet%20e%20o%20crime%20do%20art.%20154-A.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

FIORAVANTE, Mariana. Tudo o que você precisa saber sobre a infiltração de agente policial. **Gran cursos online**, 2021. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-infiltracao-de-agente-policial/>>. Acesso em: 01 mai. 2022.

FIGUEIREDO, Ticiano. Parecer da AGU não reconhece direito positivado. **Conjur**, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-11/direito-nao-produzir-prova-si-mesmo-positivado>>. Acesso em: 26 mai. 2022

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de Organização criminosa**: Lei nº 13.850/13. São Paulo, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

JORGE, Higor Vinicius Nogueira; JÚNIOR, Joaquim Leitão; GARCEZ, William. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Juspodivm, 2021.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jurispodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MATOS, Bruno Florentino de. Direito Penal do Inimigo. Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, se criou uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 mai. 2022
- NÓBREGA, Tayná Andrade da. Infiltração Virtual de Agentes Como Nova Técnica de Investigação Criminal. **Unipe**, 2019. Disponível em: <<https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-VERS%C3%83O-FINAL.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PIRES, Luiza. **A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente**: Análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. [s. l.], 2018. Disponível em: <[https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c\\_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dt rue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26authype%3dssso%26custid%3dns000688%26lang%3d pt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite](https://go.openathens.net/redirector/unipe.br?url=http%3a%2f%2fsearch.ebscohost.c_om%2flogin.aspx%3fdirect%3dt rue%26db%3dedsbas%26AN%3dedsbas.4CBCE722%26authype%3dssso%26custid%3dns000688%26lang%3d pt-br%26site%3dedslive%26scope%3dsite)>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- RESCHKE, Cristiano; WENDT, Emerson; MATSUBAYACI, Mayumi. **Infiltração Policial: da Tradicional à Virtual**. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.
- SANCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. Trad. Luiz Otávio Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SANDES, Iara Boldrini. Perguntas e Respostas: Qual a diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva? **JusTocantins**, 2012. Disponível em: <<https://www.justocantins.com.br/noticia-9583-perguntas-e-respostas-qual-a-diferenca-entre-analogia-interpretacao-analogica-e-interpretacao-extens.html>>. Acesso em: 25 mai. 2022.
- SANTOS, Pedro. O Direito Penal do Inimigo Como Sintoma do Direito Penal Simbólico. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://pvitor2013.jusbrasil.com.br/artigos/1203001787/o-direito-penal-do-inimigo-como-sintoma-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 12 mai. 2022
- SANTOS, Luciano Aragão. O direito de não produzir prova contra si mesmo: “nemo tenetur se detegere”. **DireitoNet**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20%22nemo%20tenetur%20se.um%20direito%20fundamental%20do%20cidad%C3%A3o.>>>. Acesso em: 26 mai. 2022
- SOBRINHO, Alessandra Gonçalves. Agente Infiltrado e a Infiltração Policial no Brasil. **JUS**, 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/92148/agente-infiltrado-e-a-infiltracao-policial-no-brasil>>. Acesso em: 05 mai. 2022
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- TÁVORA, Nestor. ARAUJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 7. ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de Agentes: Tomo Processo Penal. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes#anchor-titulo-index-15>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

artigos  
científicos

## RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DIANTE DA INEFICÁCIA PROTETIVA DA ANÁLISE JURÍDICA TRADICIONAL

### *CORPORATE SOCIAL AND ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY UNDER THE FOCUS OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN THE VIEW OF THE PROTECTIVE INEFFECTIVENESS OF TRADITIONAL LEGAL ANALYSIS*

Joana D'Arc Dias Martins<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – SP (UNIMAR). Pós-graduada em nível de Especialização em Direito Ambiental e em Direitos Humanos pela Faculdade Cers, em Direito Processual Civil pelo Instituto de Ensino Superior da Amazônia e Centro de Estudos Jurídicos de São Paulo – CAEJ e em Direito Público pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Autora dos livros: “Tributação consumo e meio ambiente: a tributação ambiental como controle do consumo e seus reflexos no meio ambiente” e “Mudanças Climáticas em Face do Atual Estado de Coisa Inconstitucional e Inconvencional”. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3666-6221> [joanamartins.ac@gmail.com](mailto:joanamartins.ac@gmail.com)

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.  
Aprovado/Approved: 29.06.2023/ June 29th, 2023.

#### RESUMO

A empresa contemporânea assumiu importantes papéis no Estado Democrático e “Socioambiental” de Direito, e nessa nova roupagem, o lucro, a despeito da sua imprescindibilidade no contexto da atividade empresarial, deixou de ser o objetivo exclusivo a ser buscado, notadamente diante de uma crescente preocupação com as questões ambientais. À vista disso, as relações construídas junto à comunidade, meio ambiente, consumidores e trabalhadores passaram a fazer parte do conceito de “eficiência econômica”. Nesse sentido, os agentes econômicos têm diante de si o desafio de desenvolver suas atividades e ao mesmo tempo enfrentar as novas demandas socioambientais, tradicionalmente registradas como uma externalidade, ocasionadora de aumento dos custos de transação. O presente artigo pretende compreender esse aparente conflito, verificar seus efeitos e a possibilidade de enfrentá-lo através da Análise Econômica do Direito pela compreensão que esse método, para além da insuficiência da análise jurídica tradicional, oferece possibilidades concretas de vincular a proteção ambiental quando das tomada de decisões econômicas. Por fim, conclui-se que as ações de responsabilidade socioambiental representa um conceito moderno de eficiência, constituindo eficaz instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável e configurador de diferencial competitivo para as empresas, principalmente considerando a dinâmica de mercado cada vez mais globalizado e competitivo. Trata-se de pesquisa bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, por se tratar de abordagem teórica e conceitual-normativa.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Desenvolvimento econômico. Empresa. Eficiência. Responsabilidade socioambiental.

## ABSTRACT

The contemporary company assumed important roles in the Democratic and “Socio-environmental” State of Law, and in this new guise, profit, despite its indispensability in the context of business activity, is no longer the exclusive objective to be pursued, notably in the face of a growing concern with environmental issues. In view of this, the relationships built with the community, environment, consumers and workers became part of the concept of “economic efficiency”. In this sense, economic agents face the challenge of developing their activities and, at the same time, facing new socio-environmental demands, traditionally registered as an externality, causing an increase in transaction costs. This article intends to understand this apparent conflict, verify its effects and the possibility of facing it through the Economic Analysis of Law by understanding that this method, in addition to the insufficiency of traditional legal analysis, offers concrete possibilities to link environmental protection when making economic decisions. Finally, it is concluded that social and environmental responsibility actions represent a modern concept of efficiency, constituting an effective instrument for promoting sustainable development and setting a competitive edge for companies, especially considering the dynamics of an increasingly globalized and competitive market. This is a bibliographical research and the method used was the deductive one, as it is a theoretical and conceptual-normative approach.

**Keywords:** Economic Analysis of Law. Economic development. Company. Efficiency. Socio-environmental responsibility.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. CRESCIMENTO ECONÔMICO VERSUS DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL; 2. DIREITO E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE; 2.1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; 2.2. ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: ESCASSEZ E EFICIÊNCIA COMO CONCEITOS SUBJACENTES; 3. A EMPRESA COMO SUJEITO DE DIREITO: AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL; 3.1. AÇÕES DE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL: INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL; 3.2. A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL COMO DIFERENCIAL COMPETITIVO: CONCEITO MODERNO DE EFICIÊNCIA; 4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A partir da década de 1970, com a crescente preocupação internacional com a degradação dos recursos ambientais, mormente diante da constatação da incompatibilidade entre crescimento econômico e sua capacidade de suporte, intensificaram as tentativas de melhor equacionar os processos de desenvolvimento e o exercício das atividades econômicas. Esses esforços se desdobraram em diferentes campos do conhecimento.

Malgrado as soluções para os problemas ambientais perpassar, obrigatoriamente, pelo envolvimento interdisciplinar dos diversos ramos do conhecimento, não

remanesce dúvida de que o maior entrave advém da seara econômica, sendo essencial descobrir como harmonizar economia e sustentabilidade, de modo que o almejado crescimento econômico de um país reflita necessariamente na melhoria da qualidade de vida de seus habitantes, principalmente no que concerne ao usufruto dos direitos socioambientais.

Portanto, o atual contexto econômico apresenta um dos grandes paradoxos contemporâneos, dado que, ao lado da expectativa e necessidade de um crescimento econômico – indispensável para o desenvolvimento nacional e a melhoria da qualidade de vida da sua população –, aliado aos necessários investimentos alocados junto aos setores produtivos, a sociedade depara-se com um robusto sistema jurídico de proteção socioambiental.

Nesse contexto, o desafio dos agentes econômicos está no desenvolvimento das atividades empresariais e o estabelecimento de um mercado concorrencial que, simultaneamente, consiga enfrentar as novas demandas socioambientais – tradicionalmente registradas no cenário empresarial como uma externalidade – ocasionadora de aumento dos custos de transação e capaz de afastar parte dos agentes econômicos. Essa harmonização é o que se designa como desenvolvimento sustentável.

No campo da economia, as tentativas de conciliar a questão ambiental oferecem um conjunto diversificado de respostas, todavia, para o propósito desta pesquisa, o interesse é compreender esse aparente conflito, verificar seus efeitos e a possibilidade de enfrentá-lo, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, principalmente ao se considerar a ineficácia protetiva através da análise jurídica tradicional.

À vista disso, o objetivo imediato deste artigo é desenvolver uma leitura que vincule os conceitos de eficiência econômica (otimalidade) ao de desenvolvimento sustentável (sustentabilidade) como modo de se vislumbrar a complexidade axiológica tutelada pelo Texto Constitucional, e cujo teor necessita ser interpretado de modo coordenado. Assim, fixam-se inicialmente as compreensões necessárias acerca do termo, valendo do potencial hermenêutico e epistemológico da Análise Econômica do Direito, para então avançar para uma discussão acerca da implicação dessa normatividade jurídica constitucional sobre a atividade econômica.

Igualmente, considerando que um dos mais importantes fenômenos históricos do capitalismo contemporâneo é justamente a exposição crescente dos negócios privados a formas variadas de julgamento público, busca-se analisar se as ações de responsabilidade socioambiental, *a priori* vistas como aumento de custos, constituem estratégias de posicionamento empresarial, configuradora de eficiência e diferencial competitivo para seus produtos e marcas diante de mercado cada vez mais competitivo.

O método de estudo que se propõe neste trabalho – a despeito das críticas que sofre por tratar o tema ambiental a partir do individualismo metodológico

típico da economia neoclássica -, conforme será demonstrado, tem o mérito de formular propostas concretas e, sobretudo, eficientes, para a inserção e valorização dos elementos ambientais quando da tomada de decisões econômicas, podendo contribuir para a máxima concretização desses direitos.

Por fim, a pesquisa se justifica principalmente pela atualidade e a relevância do tema. O método de abordagem é dedutivo e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental. O artigo está dividido em seis tópicos que seguem os objetivos específicos do trabalho.

## 1. CRESCIMENTO ECONÔMICO *VERSUS* DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A despeito de sua importância, a preocupação com a proteção ambiental é fenômeno relativamente novo na história da humanidade. Seu nascedouro está ligado à contradição entre o crescimento econômico e meio ambiente, sobretudo pela crescente degradação ecológica provocada pelas nações ricas e industrializadas nos seus processos econômicos, além da pobreza, que associada ao aumento populacional, estaria levando à deterioração do meio ambiente.

Ana Maria Nusdeo<sup>1</sup> aponta o marco das discussões sobre o impacto do sistema econômico sobre o meio ambiente a partir da década de 1960, por intermédio de algumas publicações que chamavam a atenção para a tendência de esgotamento de recursos naturais, dentre as quais se destacam *Silent Spring* (1962), de Rachael Carson, *The tragedy of commons* (1968), de Garret Hardin, e *Limits to Growth* (1972), estudo encomendado pelo Clube de Roma e coordenado por Donella Meadows.

A noção de desenvolvimento sustentável, como conceito normativo, foi construída e moldada com base em um conjunto de documentos de projeção internacional, com destaque para a Declaração de Estocolmo (1972) e, principalmente, pelo Relatório *Brundtland* (1987). Posteriormente, em 1992, esse conceito foi ratificado pelos países participantes da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92). A partir daí estabeleceu-se que a busca pelo desenvolvimento econômico precisava conciliar em seu processo mecanismos que assegurassem, de modo concomitante, o desenvolvimento social e a proteção ambiental, de modo a garantir que a satisfação das necessidades presentes não comprometeria o direito das gerações futuras de usufruir dos mesmos benefícios.

À luz dos debates sobre as relações entre o meio ambiente e desenvolvimento no cenário das negociações internacionais, a presença da proteção ambiental como um dos princípios da ordem econômica – artigo 170, inciso VI, combinado com o caput do artigo 225 - que faz referência ao elemento intergeracionalidade, permite a conclusão da adoção do princípio do desenvolvimento sustentável pela Constituição

1 NUSDEO, Ana Maria. *Direito Ambiental & Economia*. Curitiba: Juruá. 2018. p. 54.

de 1988<sup>2</sup>. Do mesmo modo, o art. 3.º, ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de apontar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III), estabelece, em seu inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional como sendo um dos seus propósitos. De uma simples leitura desse dispositivo, depreende-se que o constituinte elencou como objetivo fundamental não o simples desenvolvimento econômico - tido como sinônimo de crescimento econômico -, mas, sim, o desenvolvimento, bem mais amplo e abrangente que aquele, cujo objetivo não se restringe a um mero crescimento econômico, e sim ao desenvolvimento de toda a nação brasileira.

Destarte, não há que se olvidar que a noção de desenvolvimento, preconizada pela Constituição de 1988, diverge da visão marcadamente liberal difundida por volta dos anos 60. A satisfação ao conceito de desenvolvimento, para além da preocupação exclusiva com a opulência econômica e o desenvolvimento dos mercados, está intimamente ligada ao valor da solidariedade<sup>3</sup>.

Segundo o economista Indiano, Amartya Sen<sup>4</sup>, só há desenvolvimento quando os benefícios do crescimento servem à ampliação das capacidades humanas, entendidas como o conjunto das coisas que as pessoas podem ser ou fazer na vida. Para a sua concretização, requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.

Nada obstante, o apontado autor não considera que o desenvolvimento de uma nação prescindia do crescimento econômico, do aumento das rendas, da industrialização ou da modernização. Ao contrário, para Sen o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, contudo, ele é um importante meio para promover a liberdade dos membros da sociedade, propiciando acesso a recursos indisponíveis para exercício de uma autonomia<sup>5</sup>.

Enfim, em consonância com os objetivos fundamentais preconizados na CF/88, resta compreendido que é preciso pensar um modelo de desenvolvimento que contemple, a um só tempo, crescimento econômico compatível com o desenvolvimento. Em vista disso, percebe-se que a eficiência do desenvolvimento perpassa por uma profunda remodelação conceitual, afastando-se do viés anterior, ligado exclusivamente a critérios econômicos, para incorporar, também, as demandas socioambientais modernas.

2 *Ibidem*. p. 83.

3 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, jul./set. 2013. p. 150-151.

4 SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

5 *Ibidem*. p. 25-27.

## 2. DIREITO E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE

artigos  
científicos

O Direito e a Economia, enquanto ciências sociais, objetivam o estudo e a ordenação do comportamento das pessoas, todavia o fazem sob enfoques distintos. Enquanto a Economia investiga o ser humano a partir de suas escolhas racionais, baseado nas suas decisões e nas consequências por elas geradas, o Direito analisa o comportamento humano e busca regulá-lo a partir dos valores eleitos pelo corpo social.

Outrossim, pode-se dizer que o objeto de estudo da Economia é o modo pelo qual os seres humanos satisfazem suas necessidades, pressupondo a lei da escassez, ao confrontar as necessidades perante a finitude dos recursos. Nessa perspectiva, Posner<sup>6</sup> afirma que: “[...] a economia é a ciência da escolha racional em um mundo - nosso mundo - onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, consiste em explorar as implicações de supor que o homem busca”.

No mesmo sentido, Ana Maria Nusdeo<sup>7</sup> esclarece que a economia objetiva gerenciar os recursos escassos através do sistema de preços, cuja finalidade é expressar necessidades, desejos e limites da sociedade e levar a decisões econômicas que resultem na provisão dessas necessidades pelo menor custo e de forma mais eficiente.

O Direito, por sua vez, em sentido bastante amplo, pode ser compreendido como a ordenação dos comportamentos por meio de um conjunto de normas destinadas a disciplinar e organizar a vida em sociedade<sup>8</sup>.

Contudo, diferentemente da economia - diretamente ligada à análise da realidade social, e a modelos construídos a partir de dados empíricos -, não possui uma teoria sobre o comportamento humano, se deparando com situações nas quais a falta de um instrumento adequado para antever como se comportariam os atores sociais frente às estruturas jurídicas, acaba por gerar atuações estatais (legislativas, executivas e judiciárias) inadequadas, cuja consequência é a não efetivação dos fins a que se propõe, ou acabam ocasionando até mesmo efeitos contrários.

Essa compreensão torna clara a interdependência entre as ciências jurídica e econômica e a necessidade de aproximação e inter-relacionamento entre elas, por integrarem “um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele”<sup>9</sup>.

Em virtude de sua unidade enquanto fato social, não é possível separar-se o econômico do jurídico, notadamente diante da atuação conjunta do jurista e do

6 POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 25.

7 NUSDEO, Ana Maria. **Direito Ambiental & Economia**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 16-17.

8 AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

9 NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

economista, superando as contrariedades de outrora, para melhor compreensão e consecução dos objetivos sociais, notadamente a melhoria da qualidade de vida das pessoas<sup>10</sup>.

Desse modo, ao se voltar para o estudo da produção e distribuição dos bens e serviços, dinamizando o mercado e o capital, a Economia não pode desconsiderar o valor do ser humano, do mesmo modo que o Direito não pode negar a escassez dos recursos na consecução da distribuição da riqueza na sociedade.

Sob esse enfoque, Boaventura Santos<sup>11</sup> assevera que “a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado” bem como do “[...] cidadão comum um ignorante generalizado”. Ao analisar a Economia e o Direito por essa perspectiva, o mesmo autor contextualiza:

[...] o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida; a economia, que legitimara o reducionismo quantitativo e tecnocrático com o pretendido êxito das previsões económicas, é forçada a reconhecer, perante a pobreza dos resultados, que a qualidade humana e sociológica dos agentes e processos económicos entra pela janela depois de ter sido expulsa pela porta<sup>12</sup>.

Todavia, a despeito da evidente proximidade entre esses dois ramos da ciência, para que elas possam verdadeiramente dialogar, mister que não haja uma mera sobreposição dessas duas realidades. Até porque cada disciplina delimita seu objeto de estudo e adota o seu próprio recorte analítico da realidade.

Em suma, conquanto o Direito não possa negar a Economia, mister o estabelecimento de seus rumos e finalidades, não deixando essas decisões exclusivamente ao alvedrio do mercado<sup>13</sup>, cuja importância, a despeito de inequívoca, não pode suplantar os valores maiores ligados à ética e à moral.

## 2.1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Embora haja estudos anteriores, a denominada Análise Econômica do Direito (AED) desenvolveu-se, sobretudo, a partir da década de 1960, sendo composta por correntes doutrinárias variadas, como a Escola de Chicago, Escola de Yale e a Nova Economia Institucional. Um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito, Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, em sua obra intitulada *The Problem of Social Cost*<sup>14</sup>, analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, tecendo críticas ao papel intervencionista do Estado, conforme proposto por Arthur Pigou, enfatizando a inconsistência da economia de bem-estar.

10 BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: B. Sousa Santos e Edições Afrontamento, 2010. p. 74.

12 *Ibidem*. p. 74-75.

13 IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Milano: Laterza, 2004.

14 COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, p.1- 44, out. 1960.

Após, essa metodologia teve novo impulso, sobretudo com a publicação de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*<sup>15</sup>, que consolida o movimento, trazendo em sua obra um estudo sistemático da maioria dos setores do sistema jurídico americano sob uma perspectiva da análise econômica, bem como por conter as principais teses da tendência predominantemente polarizada na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico, desde a perspectiva do paradigma do mercado até a eficiência econômica.

Em síntese, a AED nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico. Ou seja, uma abordagem econômica para compreender o direito no mundo e o mundo no direito<sup>16</sup>, de modo a retirar “as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate”<sup>17</sup>.

Como corolário, a economia servirá para a apreciação de questões não necessariamente consideradas “econômicas” ou referentes ao “mercado”, já que concebe um conjunto de instrumentos que permitem a verificação do comportamento humano. De acordo com Ivo Gico<sup>18</sup>: “se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”.

A teoria microeconômica, através da abordagem proposta pela AED, fornece uma teoria geral sobre como as pessoas tomam certas decisões<sup>19</sup>. Ela é composta de quatro elementos determinantes: O primeiro refere-se à chamada escassez, partindo do pressuposto de que “os indivíduos vivem em um mundo com recursos escassos”, o que demanda que as pessoas realizem escolhas<sup>20</sup>. O segundo é o individualismo metodológico e as escolhas racionais, considerando que as pessoas agem sempre para maximizar sua satisfação, de acordo com os incentivos externos, visão semelhante ao utilitarismo de Jeremy Bentham. O terceiro elemento são os incentivos e, por fim, a eficiência.

Corroborando esse entendimento, Parreira e Benacchio<sup>21</sup> lecionam que:

No individualismo metodológico toda norma coletiva é a soma das respostas individuais, portanto, a ação humana individual é o ponto de partida. A maximização das escolhas racionais, também decorre do individualismo, uma vez que, tentam racionalmente estabelecer a

15 POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Little Brown and Co, 1973.

16 CARVALHO, Cristiano. A análise econômica da tributação. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 10.

17 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

18 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: **Economic Analysis os Law Review**. vol. 1., n.1., jan-jun de 2010. p. 16.

19 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 54.

20 SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. Cit.* p. 54.

21 PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo Da. Análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, p. 179-206. p. 186. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>. Acesso: 10 de abr. 2023.

diferença entre benefício e custos oriundos de suas condutas. Quando o indivíduo vai escolher, analisa todas as características do negócio, observa as informações e considera os custos de transação aferindo os benefícios almejados.

No que concerne à questão da maximização, importante compreender que essas escolhas racionais não dizem respeito exclusivamente ao critério monetário, mas sim a qualquer ganho pessoal que melhor atendas as pretensões individuais<sup>22</sup>.

Quanto à eficiência, esse é um atributo dos mercados, na sua capacidade de alocação de recursos econômicos e sociais. A eficiência alocativa se desdobra em duas teorias: A eficiência, sob a perspectiva de Vilfredo Pareto, segundo a qual uma medida é eficiente se ela acarretar uma mudança vantajosa para um indivíduo, sem causar desvantagem alguma a qualquer outro. Ou seja, uma situação econômica é considerada ótima se não houver outro cenário que lhe seja mais eficiente no sentido parentiano. Essa situação é denominada “Ótimo de Pareto”<sup>23</sup>. Dada à dificuldade de operacionalizá-la - considerando que poucas modificações passariam por esse teste -, o conceito de Pareto foi aperfeiçoado e evoluiu substancialmente a partir do critério de compensação social potencial de Kaldor-Hicks<sup>24</sup>, os quais descrevem como eficientes alterações - cujos benefícios sejam superiores às perdas - possibilitam, em tese, compensar prejuízos sofridos por terceiros, ainda que essa compensação não se efetive na prática<sup>25</sup>. Logo, a diferença-chave da questão apontada é a indenização. O critério de Kaldor-Hicks não supõe que se realize uma compensação, apenas que exista a possibilidade de fazê-lo.

Exemplos marcantes da fundamentação econômica do direito podem ser encontrados nos estudos realizados por Richard Posner na década de 1970, notadamente no seu entendimento acerca da racionalidade e do valor eficiência como a verdadeira medida do Direito. Nesse contexto, a economia é utilizada para construir uma teoria explicativa dos institutos jurídicos que, segundo o autor, podem ser analisados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Igualmente, propõe uma teoria normativa que avalia como as normas legais e sanções podem afetar o comportamento dos indivíduos e, a partir dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas mais eficientes<sup>26</sup>. Em suma, pode-se dizer que nesse período, de uma forma até bastante extremista, Posner subordina totalmente o Direito à Economia.

Nada obstante, mesmo diante da propalada contribuição que o instrumental econômico pode fornecer ao Direito, não convence a muitos juristas, sobretudo aqueles oriundos de países de Direito filiado à família romano-germânico (*civil law*),

22 POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 474

23 Na prática ambiental e socioeconômica, principalmente considerando os custos-sociais, é quase impossível uma determinada decisão ser tomada sem que piore a situação de bem-estar para os terceiros que não tomam tais decisões.

24 Segundo Edward Stringham (Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, vol. 4, n. 2, p. 41-50, 2001. p. 47), a diferença fundamental entre Kaldor-Hicks e Pareto reside justamente na possibilidade de se aceitar uma mudança social eficiente mesmo quando o incremento do bem-estar se uma parte causa a redução do bem-estar em outra, mas com a manutenção do grau de satisfação do perdedor de bem-estar por uma recompensa ou compensação. Em outras palavras, seria justificável a situação de agentes em uma situação pior do que se encontravam anteriormente, desde que outros agentes em situações melhores do que antes compensem a perda dos demais.

25 NUSDEO, Ana Maria. **Direito Ambiental & Economia**. Curitiba: Juruá. 2018. p. 17.

26 POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 25-26.

sistema predominantemente utilizado no Brasil. Esses operadores do Direito se baseiam nas diferenças metodológicas entre os dois ramos do conhecimento, que imputam ser inconciliáveis, e veem com desconfiança e restrições às tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Olvidam, entretanto, que por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito<sup>27</sup>.

Para esses críticos, caberia ao Direito preocupar-se exclusivamente com valores de justiça, moral e ética, ao passo que a Economia possui como premissa máxima a eficiência, o que inviabiliza qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas. Nesse sentido as ponderações de Bruno Salama<sup>28</sup>:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Ronald Dworkin foi um forte crítico do pensamento de Posner e da AED. O autor compreendia o Direito como um processo de interpretação e de integração de todos os princípios, e não somente do princípio da eficiência e da maximização das escolhas, como entendia ser a proposta de Posner<sup>29</sup>.

Importante salientar, entretanto, que a partir da década de 1980, diante das muitas críticas dirigidas à teoria eficientista de Posner, sobretudo advindas de Dworkin, houve uma mudança radical na obra do autor e sua doutrina assumiu contornos de um pragmatismo com toques de eficientismo<sup>30</sup>.

A despeito de extremismos injustificáveis, culminando com críticas acerca da aproximação entre o Direito e a Economia, aos poucos essa rejeição vem perdendo força diante da constatação que esse movimento é natural e que pode ser bastante positivo. Logo, é possível afirmar que a premissa de que a Economia busca exclusivamente eficiência econômica, enquanto o Direito se prende apenas à promoção da questão ser/dever ser, com o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis, mostra-se equivocada e despida de fundamentação.

Ao fornecer ferramentas tipicamente utilizadas no âmbito da ciência econômica ao estudo do direito, a metodologia da AED representa uma considerável vantagem advinda dessa proximidade. Nesse sentido, Sztajn<sup>31</sup> pondera que:

27 SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 75-76.

28 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 5.

29 DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 108.

30 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, estudo 22, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 20 de abr. 2023.

31 SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 18.

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como partidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos.

Essa constatação advém da observação de que as premissas fundamentais da AED são universais. Além do já mencionado direcionamento do ser humano àquilo que lhe é mais vantajoso - no processo de maximização da sua utilidade -, patente que as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços e as regras legais que moldam os incentivos a que estão submetidas, influenciando nas suas decisões de troca, produção, consumo e investimento. Inspirado em Arthur Pigou, à tributação ambiental visando corrigir os custos sociais das externalidades, é um exemplo. A elevação dos preços de produtos tidos como mais degradantes busca desestimular o seu consumo, reduzindo a pressão sobre o meio ambiente. Por outro lado, incentivos fiscais podem ser concedidos às empresas visando fomentar modelos de negócios sustentáveis, tendente a enfrentar com sucesso um mercado cada vez mais competitivo e com maiores demandas ecológicas e sociais<sup>32</sup>.

Portanto, “o que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante”<sup>33</sup>. Assim, elege-se um componente valorativo, tal como a proteção do meio ambiente - considerado relevante nesse contexto - cujo objetivo é maximizar esse valor.

Destarte, não há que se olvidar que reagir contra o diálogo estabelecido entre o Direito e Economia é posição que carece de racionalidade. Mesmo quando os fatos são considerados sob a ótica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada desconstitui a argumentação jurídica, qualitativa. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, portanto, devem ser consideradas elementos formadores do substrato normativo<sup>34</sup>.

Por fim, vistas as bases do arcabouço teórico da AED, é possível progredir no estudo a fim de avaliar de que forma essa metodologia pode contribuir harmonizar a aparente contradição verificada entre a atuação dos agentes econômicos - pautada primordialmente pelo crescimento econômico - e o enfrentamento das demandas socioambientais.

32 MARTINS, Joana D'Arc Dias. **Tributação, consumo e meio ambiente**: a tributação ambiental como controle do consumo e seus reflexos no meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2021.

33 RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

34 SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 82.

## 2.2. ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: ESCASSEZ E EFICIÊNCIA COMO CONCEITOS SUBJACENTES

O objeto de estudo da Economia está voltado para a alocação eficiente de recursos escassos, sendo o sistema de preços o meio para tanto numa economia de mercado. Os valores formam-se como expressões de utilidade que os indivíduos atribuem a certos bens e serviços.

No mesmo sentido, o destacado economista austríaco, Prêmio Nobel de Economia de 1974, Frederick von Hayek, em um célebre texto de 1945, defendia o ponto de vista segundo o qual os preços contêm as informações necessárias e suficientes não só para que os indivíduos tomem decisões, mas também para garantir a melhor alocação dos recursos disponíveis pela sociedade como um todo<sup>35</sup>.

Todavia, até pouco tempo a natureza não era vista como um recurso escasso, e como tal o modelo econômico típico não contemplava as restrições ambientais. Partia-se da equivocada premissa de que todo o dano ambiental seria reversível. Longe de constituir uma perspectiva isolada, essa era a visão dominante entre os economistas convencionais.

O reconhecimento da finitude dos recursos naturais, conforme dito anteriormente, é um fenômeno recente na história da humanidade. Somente a partir daí, a natureza, como matéria-prima indispensável à atividade econômica, passou a ser um problema econômico, encarado como uma falha de mercado e passível de monetarização. Nesse contexto, o Direito Ambiental, cuja lógica é econômica, foi concebido exatamente com a finalidade de proteger recursos escassos, considerados indispensáveis para a existência de uma vida digna.

Como pressuposto, a eficiência também é um conceito caro ao Direito Ambiental. Inclusive, em sua versão mais moderna, a “ecoeficiência”<sup>36</sup> sugere uma significativa ligação entre eficiência dos recursos naturais - sabidamente bens escassos - e responsabilidade ambiental. O resultado dessa prática é refletido diretamente na natureza, cujos recursos são utilizados de modo mais inteligente na competitividade de mercado, na satisfação das necessidades humanas de forma sustentável e na qualidade de vida.

Ao ponderar sobre a esgotabilidade dos recursos naturais e a necessidade da coexistência equilibrada com as atividades econômicas, Fiorillo<sup>37</sup> aponta que:

[...] constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre

35 HAYEK, Friedrich von. The use of knowledge in society. **American Economic Review**. XXXV. Número 4, 1945, p. 519-530. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1809376?seq=1>. Acesso: 10 de abr. 2023.

36 Em 2008 o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) lançou a iniciativa da Economia Verde (*Green Economy*), fundamentada em três pilares: i) ecoeficiência; ii) consumo verde e iii) empregos verdes. Segunda essa proposta, a Economia Verde será o motor do desenvolvimento sustentável, e buscará reorientar a economia para promover investimentos em tecnologia verde e infraestrutura natural, buscando a conciliação entre o objetivo do desenvolvimento, nas dimensões econômica e social e a conservação do meio ambiente.

37 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

A Economia, diante dessa compreensão, inseriu os problemas ambientais no seu conjunto conceitual, descrevendo-o como falhas de mercado e utilizando suas ferramentas para propor respostas e soluções eficientes no intuito de inserir a escassez ambiental dentro do raciocínio econômico a partir dos seus instrumentos, fornecendo propostas concretas quando da tomada de decisões econômicas (externalidades<sup>38</sup> amplificadoras dos custos de transação).

Assim, resta evidenciado a interconexão entre Economia e Meio Ambiente, dado que a natureza, como matéria-prima, juntamente com o capital e o trabalho, forma o tripé da atividade econômica, evidenciado que a metodologia da AED, em consonância com as propostas da “Economia Verde”, pode fornecer instrumental que possibilite um aumento na eficiência do uso sustentável do meio ambiente, cujo objetivo final é justamente a melhoria no bem estar da sociedade.

### 3. A EMPRESA COMO SUJEITO DE DIREITO: AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

*A priori*, parte-se do seguinte questionamento: Em um regime capitalista onde a companhia - eminentemente econômica na alocação dos recursos - como é possível que o sistema econômico tenha qualquer outro objetivo que não seja sua expansão perpétua?

Antes de responder esse questionamento e analisar se a empresa, além da busca pelo lucro, pode contribuir para o desenvolvimento sustentável a partir de uma gestão voltada para a responsabilidade socioambiental, e se essa atuação constitui um diferencial competitivo, faz-se necessário esclarecer algumas premissas no tocante a esse ente.

O atual Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, em seu artigo 966, inspirado no Código Civil italiano, aponta o conceito de empresário como sendo a pessoa, física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Nada obstante, foi omissivo em relação ao conceito de empresa.

Promovendo unificação legislativa com o Direito Comercial, o Código Civil esclareceu que o empresário seria o seu titular. Por analogia, a doutrina que segue a

38 Na seara ambiental as externalidades são os efeitos causados pelos processos de produção ou de consumo que afetam ou beneficiam terceiros que não participaram da transação. Ou seja, os custos ou benefícios das atividades econômicas que, não sendo devidamente internalizados, circulam externamente ao mercado. Existem duas abordagens bem conhecidas para o problema das externalidades, ambas ancoradas na ideia de precificação dos recursos naturais. A primeira, derivada do trabalho de Arthur Pigou na década de 1920, defende a criação de um tributo pelo Poder Público equivalente à externalidade negativa provocada ou subsídios endereçados à externalidades positivas. A segunda advém de Ronald Coase na década de 1960, ligada a uma solução eficiente, onde os critérios de propriedade estão bem definidos. Coase criticou a abordagem pigouviana afirmando que as externalidades seriam um problema bilateral, não havendo razão para proteger uma parte em detrimento de outra que produz atividade eficiente e lucrativa. As partes poderiam, mediante uma compensação, transacionar “os bens que estão fora do mercado” sem a necessidade de intervenção direta do Estado e obterem um acordo sobre a alocação de recursos, independente de quem os direitos de propriedade eram inicialmente atribuídos.

corrente civilista - e que se mostra contrária ao reconhecimento da personificação da empresa - a identificam como mero objeto de direito, definindo-a como a atividade econômica organizada para a circulação de bens e serviços.

Todavia, essa visão do Código Civil, que desconsidera a realidade social em que a empresa se encontra inserida, lança um olhar míope sobre a realidade. Tanto é verdade que na atualidade diversos ramos do Direito já a compreendem como sujeito, no correto tratamento, separando empresário e empresa, com ações, direitos e deveres próprios e específicos.

Destarte, uma grande questão a ser elucidada pelo Direito na atualidade é a de se considerar a empresa como sendo sujeito de direito, acatando-se a posição desenvolvida por Michel Despax<sup>39</sup>, ou entendê-la como seu objeto, fruto da atividade do empresário, como propugnado por Requião<sup>40</sup>.

Diante de uma detida análise do Código Civil, resta patente que a visão comercialista de fato prepondera. Entretanto, o próprio código, ao discorrer sobre a responsabilidade (art. 931), acabou por gerar uma visão contrária. No apontado artigo, claramente se tem a empresa como sujeito, não objeto de direito. Isso decorre porque a malfadada unificação veio juntar ramos diversos, que não se unificam cientificamente, por particularidades específicas.

Afora isso, é preciso considerar que modernamente o conceito de empresa evoluiu substancialmente, sobretudo quando analisada sob a perspectiva do Direito Econômico. A empresa já não é mais vista apenas como a atividade explorada pelo empresário, ao contrário, ela passou a ser encarada como um dos principais agentes transformadores da sociedade, e como tal, precisa ser compreendida.

Isabel Vaz, sob a ótica do Direito Econômico, faz os seguintes apontamentos acerca da importância da empresa e de sua personificação:

[...] instituição dotada de personalidade jurídica, no seio da qual se organizam os fatores da produção com vistas ao exercício de atividades econômicas ou prestação de serviços em face dos princípios ideológicos adotados na Constituição. No contexto de um modelo econômico que abriga princípios de economia de mercado, a empresa, pública ou privada, assume um papel tão preponderante e compromissos tão sérios perante a ordem jurídico-econômica, que considerá-la simples 'objeto' de apropriação do Estado ou do particular, não parece a posição mais adequada<sup>41</sup>.

Outrossim, não há que se olvidar que na atualidade, quando se pensa em um empreendimento, é o nome da empresa que vem à mente do consumidor, e não dos eventuais proprietários. Esse ente, dado a sua importância perante a

39 DESPAX, Michel. **L'entreprise et le droit**. Paris. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1957. Despax adota o conceito econômico de empresa, tendo-a como o organismo que se dispõe a produzir para o mercado certos bens ou serviços, e que independe financeiramente de qualquer outro. A visão de Despax é de separar a noção de empresário da noção de empresa, pois o direito deve considerar a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empresário, e, possível de se opor, em determinados casos aos interesses do empresário, prevalecendo os da empresa.

40 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo. Saraiva. 1985. p. 56-57.

41 VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro. Forense. 1993. p. 481.

sociedade, passou a ser reconhecido como um sujeito que age em nome próprio. Independentemente do tamanho e poderio econômico que ostenta, está presente em todos os rincões do país, mesmo naqueles mais desassistidos pelo poder público, muitas vezes assumindo funções que seriam do Estado.

Ademais, a visão da empresa como sujeito de direito, e não mero objeto da ação do empresário, é acolhida pela moderna legislação brasileira, pela doutrina e jurisprudência. A aceitação de dano moral à empresa e a imputação criminal, prevista na legislação ambiental, respaldam essa compreensão. A própria CF/88, consoante ponderado Por Washington Peluso<sup>42</sup>, encampam este entendimento. Segundo o autor, no texto constitucional o tratamento da empresa personificada, comprometida com o interesse social e, embora garantida pela propriedade privada e pela livre concorrência, deve ser tratada pelo Código Civil com a indeclinável consideração para com estes princípios constitucionais.

Outrossim, diante da posição que ocupa atualmente no cenário nacional, principalmente quando se busca analisar responsabilidade socioambiental perante a sociedade, chega-se à inexorável conclusão de que a empresa não pode mais ser concebida como mero objeto da atuação do empresário. É a moderna linha da doutrina francesa, lançada por Dexpax e acolhida pelo Direito Econômico, Tributário e Ambiental.

Enfim, o papel desse ente na sociedade é ímpar, e reconhecê-lo como sujeito de direito é acolher a atual realidade econômica. Diante da sua relevância, impõe ao Estado empreender esforços contínuos para incentivar sua manutenção, pois em última análise, toda a comunidade se beneficia da sua existência, sendo ela agente imprescindível na concretização do almejado desenvolvimento sustentável.

### 3.1. **AÇÕES DE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL: INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

“Podemos confiar no Capitalismo, para assegurar que o século 21 será um século sustentável?” – foi o questionamento introdutório do livro de Elkington<sup>43</sup>. Nele, indaga-se a capacidade do Capitalismo de conciliar o desenvolvimento econômico, a preservação ambiental e a responsabilidade social, ou seja, de promover um verdadeiro desenvolvimento sustentável.

Diante da importância e os novos papéis que a empresa assumiu no contexto da CF/88, a resposta para esse questionamento perpassa necessariamente pela análise da responsabilidade socioambiental corporativa. A empresa contemporânea tem o compromisso ético de não sacrificar o meio ambiente em favor do lucro rápido e fácil, incorporando ao seu objetivo os componentes de proteção ao meio ambiente e igualdade social. Ou seja, a sustentabilidade passa a fazer parte dos processos de decisões das organizações.

42 SOUZA, Washington Peluso Albino de. O novo código civil, e empresa e o direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 42, p. 249-286, jul./dez. 2002. p. 284.

43 ELKINGTON, John. **Canibais de garfo e faca**. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 17.

Modernamente já não se admite mais a empresa egoística, cuja única finalidade seja voltada à geração de lucros. A importância desse ente é tão grande que transcende o interesse exclusivo dos sócios. Ela é uma expressão social, econômica e financeira, capaz de influenciar toda uma comunidade, razão pela qual boa parte da doutrina, sobretudo os cultores do Direito Econômico compreendem-na como um ente personificado.

O desenvolvimento econômico não pode ser imposto a qualquer custo e provocar a degradação do meio ambiente, indispensável à sadia qualidade de vida da presente e futuras gerações. Isto sem se olvidar que a sua proteção, entendido como valor permeado em toda a ordem constitucional, pode e deve ser utilizado como instrumento para alcançar a justiça social e a dignidade humana, consoante ponderado por Eros Roberto Grau<sup>44</sup>:

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.

Logo, somente é possível reconhecer que a empresa exerce suas atividades de forma socialmente responsável quando ela a desenvolve em estreita observância ao equilíbrio ambiental, dado que a atividade econômica, apesar de ter como fundamento a livre iniciativa, tem como limite a defesa do meio ambiente sadio, pressuposto da garantia de uma existência digna a todos (art. 170, inc. VI, da CF/88).

Visto por outro lado, com uma postura cidadã, transparente e eficaz, a empresa agrega valor<sup>45</sup> e aumenta o interesse dos consumidores e investidores. Mais do que nunca ações de responsabilidade socioambiental estão sendo valorizadas pelos consumidores e, também, pelos investidores. Tanto é verdade que o seguimento de investimento responsável, *Environmental, Social and Governance* (ESG)<sup>46</sup>, já bastante consolidado no cenário internacional, atualmente também está em alta no Brasil. Eventos recentes impulsionaram o debate, como a tragédia em Brumadinho envolvendo a Vale, crescimento dos incêndios na Amazônia e o vazamento de óleo na costa brasileira, com destaque para a pandemia de coronavírus, reconhecidamente de origem zoonótica, oriundas da degradação dos ecossistemas. Não bastasse isso, em

44 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 251.

45 Reginaldo Magalhães (Lucro e reputação: Interações entre bancos e ONGs na Constituição das políticas socioambientais. **Tese de doutorado**, programa de pós-graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-19082011-201545/publico/TeseMagalhaes.pdf>. Acesso: 10 de abr. 2023) pontua que imagem e reputação empresarial não seriam conceitos equivalentes. Reputação não é algo exterior, um sorriso mecânico que a empresa manipula por meio de comunicadores engenhosos. Ela é constituída por relações sociais duráveis, dotadas de conteúdo informativo, concepções, ideias e valores sobre o que significa fazer negócios. A acumulação de capital reputacional depende não só de competência em financiar, construir, produzir e vender, mas também da relação construída com os diversos atores sociais.

46 ESG é a sigla em inglês para "*environmental, social and governance*" (ambiental, social e governança, em português) usada para medir as práticas ambientais, sociais e de governança de uma empresa. Essas melhores práticas tem direcionado as atuações de instituições financeiras e vêm recebendo atenção mundial por estarem associadas a negócios sólidos, de baixo custo de capital e melhor resiliência contra riscos associados a clima e sustentabilidade. O conceito tem base no mercado financeiro e trata sobre empresas que, na busca pelo lucro, consideram essas três questões importantes.

janeiro de 2020, Larry Fink, presidente da *BlackRock* - maior gestora de investimentos do mundo, com quase US\$ 8,7 trilhões em ativos, e acionista importante da maioria das grandes companhias, inclusive no Brasil - anunciou que não vai mais investir em setores que emitem muito CO<sup>2</sup> na atmosfera, como a indústria de carvão, e pretende redirecionar o dinheiro para segmentos mais sustentáveis<sup>47</sup>.

Ademais, a conscientização acerca da finitude dos recursos naturais, e da sua imprescindibilidade para a manutenção da vida na terra, vem contribuindo para a expansão do consumo responsável, ligado ao desejo de adquirir bens produzidos de forma sustentável. Neste contexto, cidadãos ativos, acionistas indignados e consumidores são responsáveis pela mudança de paradigma, e como consequência direta, alterou-se a equação de Friedman<sup>48</sup>. Logo, extreme de dúvidas que as empresas que terão maiores chances de se desenvolver no mercado econômico não serão as ditas “narcisistas”, e sim as que pautam sua atividade sob o manto da responsabilidade social.

Em vista disso, não remanesce dúvidas que é através de sua conduta ética em relação à sociedade e, sobretudo ao meio ambiente, que a empresa melhora a sua imagem, beneficia a coletividade e cumpre a função social de sua atividade econômica.

Nada obstante, e ainda que pareça paradoxal, não se pode exigir que a empresa, sob o argumento de que tem uma função socioambiental a cumprir, ignore seu objetivo primeiro que é a obtenção de lucro e a busca pela preservação da atividade empresarial, até porque esse é um pressuposto para o atendimento de todos os demais interesses que se projetam sobre ela.

Decerto que o cumprimento da função socioambiental não pode levar ao aniquilamento das liberdades e direitos dos empresários e, tampouco, transformar o empreendimento em mero instrumento para a consecução de fins sociais. Distante disso. A função social tem por objetivo reinserir a solidariedade social na atividade econômica sem, contudo, desconsiderar a autonomia privada, fornecendo um padrão mínimo de distribuição de riquezas e redução das desigualdades. Caso contrário restaria totalmente inviabilizado o funcionamento dessa empresa e, conseqüentemente, traria ainda mais prejuízo para a sociedade<sup>49</sup>.

Por fim, ainda que seja inequívoco que a empresa tenha uma responsabilidade socioambiental a cumprir, sendo um importante agente da implementação do desenvolvimento sustentável, não se pode conceber que essas atribuições eliminem aquelas que, precipuamente, competem ao Estado, sobretudo a sua obrigação

47 BOLZANI, Isabela. Entenda o que é o ESG e como ele está se tornando um pré-requisito no mercado financeiro. **Folha de São Paulo**. 3/8/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/entenda-o-que-e-o-esg-e-como-eleesta-se-tornando-um-pre-requisito-no-mercado-financieiro.shtml>. Acesso: 10 de abr. 2023.

48 Milton Friedman (A Friedman doctrine – The social responsibility of business is to increase its profits. **The New York Times**. 13 de set. 1970. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>. Acesso: 10 de abr. 2023), um dos principais defensores do liberalismo da era contemporânea e ganhador do Nobel de Economia em 1976, era enfático em apontar o mercado como o meio eficaz para se alcançar os melhores resultados para a sociedade. Segundo o autor, qualquer ação que desvirtuasse os objetivos econômicos seria maléfica para a sociedade e causa de ineficiência econômica, visto que a responsabilidade social das empresas seria apenas gerar aumentar seus lucros.

49 FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Comercial**. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-37. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso: 10 de abr. 2023.

de guiar a nação ao bem-estar e a justiça social, conforme preconizado no texto constitucional.

Nesse contexto, mostra-se de fundamental importância a criação de incentivos que orientem as forças de mercado, seja por estabelecimento estatal, seja por posicionamento do mercado consumidor, valorizando as empresas que atendem os preceitos de sustentabilidade.

### 3.2. A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL COMO DIFERENCIAL COMPETITIVO: CONCEITO MODERNO DE EFICIÊNCIA

Um dos mais importantes fenômenos históricos do capitalismo contemporâneo é justamente a exposição crescente dos negócios privados a formas variadas de julgamento público. A sociedade não é simplesmente passiva e receptiva em sua relação com a economia. Cada vez mais cômicos de seu papel, os consumidores estão interessados em produtos e serviços que tenham impacto positivo no meio ambiente e na sociedade<sup>50</sup>.

A eficiência econômica já não é mais garantia de sucesso do empreendimento. As empresas encontram-se mergulhadas na vida social e sujeita as suas influências. Logo, aquelas que não se adaptarem às novas exigências do mercado correm sérios riscos de perecerem. Por outro lado, inegável que a gestão socioambiental responsável configura um importante diferencial competitivo para seus produtos e marcas perante suas concorrentes.

No atual mundo informatizado e globalizado, em qualquer lugar e a qualquer momento, o cliente tem à sua disposição os produtos e serviços que deseja. Dentro dessa realidade, os empreendimentos que conseguem se diferenciar na mídia, sobretudo através de uma atuação ética, comprometimento com a sustentabilidade, fortalece sua imagem e ganha mercado, pois os consumidores atuais sabem do poder de suas escolhas e atribuem um importante valor aos produtos e serviços de empresas que apoiam uma determinada causa social ou ambiental, pois acreditam que ao consumi-los estarão também contribuindo para tornar o mundo melhor.

Segundo Muhammad Yunus<sup>51</sup>, a população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas, uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. O autor fala em responsabilidade social corporativa ao se referir a tais empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente, etc.

Por consequência, o empresário que deseja fortalecer sua marca e apresentar seus produtos e serviços como atrativos ao mercado consumidor, precisa demonstrar para a sociedade que tem genuínas preocupações sociais. Por outro lado, a população

50 ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: abril, 2012. p. 130.

51 YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008. p. 31.

consumerista exerce uma forte influência no mercado e tem o poder de causar prejuízos consideráveis a um empresário socialmente irresponsável. Os clientes, ao exercer seu direito de escolha e migrar para os concorrentes, dispõem de uma indiscutível capacidade de dissuasão. “A cidadania organizada pode levar os dirigentes empresariais a agir de forma responsável em detrimento, até, de suas convicções íntimas”<sup>52</sup>.

Ademais, não há dúvidas que os problemas sociais do mundo moderno cresceram de forma exponencial. Desse modo, as funções que outrora incumbiam com exclusividade ao Estado, se estenderam também para as empresas e a comunidade, possibilitando uma atuação direta nos problemas sociais. O poder público deixou de atuar como provedor único de bens e serviços e de promover o crescimento econômico e social, passando a ser um facilitador e regulador na sociedade. Por outro lado, mais cômicos de suas responsabilidades, empresas e sociedade passaram a contribuir para a mudança do quadro de exclusão social existente.

Instadas por essa nova realidade, os desafios que se apresentam às empresas são o de estarem aptas a acompanhar e, por que não, se anteciparem às novas configurações decorrentes, produzindo algum diferencial que garanta vantagem competitiva sustentável à longo prazo.

Por óbvio que os fatores, caracterizadores de vantagem competitiva sustentável, são muito sutis, e que, diante de produtos considerados símiles, seja difícil identificar entre um e outro. Não obstante, essa diferenciação pode ser obtida e mantida, conforme bem analisado por Kotler<sup>53</sup>, quando a empresa trabalha de forma séria o seu caráter cívico e constrói, de forma sistemática, um capital reputacional que a faz diferente de suas concorrentes. Ou seja, criar valor transcende a noção de lucro.

Nesse contexto, com o acirramento da competição, em um mundo repleto de produtos e serviços, todos feitos com tecnologia e materiais análogos e preços parecidos, empresas que reconhecidamente investem em responsabilidade socioambiental são naturalmente mais atrativas ao mercado e aos consumidores.

Esse novo consumidor não deseja apenas adquirir produtos, ele quer também “consumir melhor”, ainda que isso signifique pagar mais caro por produtos que preservam o meio ambiente, razão pela qual dá especial preferência às empresas que atuam de maneira ética e incorporam em sua atividade práticas socialmente responsáveis<sup>54</sup>.

A sociedade mudou e as empresas precisam se adaptar. O consumidor quer adquirir produtos e serviços de empresas que não poluem, não fazem propaganda enganosa, contribuem para a melhor qualidade de vida. Responsabilidade social, hoje, pode ser a diferença entre vender ou não vender, sobreviver ou não. É “um conceito estratégico e quem não enxergar isto vai rapidamente deixar o convívio social, isto é, vai sair do mercado”<sup>55</sup>.

52 SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial: a gestão da reputação**. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 52.

53 KOTLER, Philip. **Competitividade e caráter cívico**. In: Frances Hesselbein et al. (editores), Peter F. Drucker Foundation (organização). **A organização do futuro: Como preparar hoje as empresas de amanhã**, Ed. Futura, 1997. p. 175.

54 LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 344.

55 GARCIA, Ademerval. Responsabilidade social não é ajuda, é respeito. **Gazeta Mercantil**. Interior Paulista. 23/11/1999. p. 2.

Conclui-se, portanto, que uma empresa engajada socioambientalmente tem no seu compromisso voltado para a promoção da dignidade humana e o desenvolvimento da comunidade os seus diferenciais competitivos. Através do exercício da cidadania ela se distingue de seus concorrentes porque reforça sua imagem ética, principalmente através do apoio da mídia espontânea e da sinergia com o consumidor que se identifica com a empresa e ainda promove a fidelização aos seus produtos. Esse é o conceito moderno de eficiência!

#### 4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL

Cada vez mais a Análise Econômica do Direito vem sendo instada a dar respostas para diversas situações jurídicas. Contudo, diante de questões não puramente econômicas, tais como as demandas socioambientais, que possuem natureza pautada pela indisponibilidade, essa aproximação com a ciência econômica confere uma série de dificuldades, surgindo, então, a aparente colisão entre tais valores.

Maurício Amazonas<sup>56</sup> ao analisar as dificuldades de se estabelecer essa abordagem, aponta que a economia neoclássica, construída sobre os pilares do utilitarismo-individualista, define-se por uma racionalidade de maximização das utilidades individuais com a resultante determinação do uso “ótimo” ou “eficiente” dos recursos. Entretanto, nos dizeres do autor, racionalidade não guarda compromisso com a ideia de sustentabilidade. Assim, a questão fundamental que se coloca é como compatibilizar “otimalidade” com a “sustentabilidade”.

Todavia, firme nos valores ecológicos tutelados no núcleo normativo axiológico da Constituição de 1988, e cujo teor necessitam ser interpretados de modo coordenado, não se pode olvidar que a atuação dos agentes econômicos não ocorre em um contexto limitado ao critério econômico puro, mas, também, por critérios éticos, sociais e ambientais. A autonomia do empresário não é um completo exercício do livre arbítrio. Ao contrário. Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, e sim estarem em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida constitucionalmente: busca pela dignidade da pessoa humana e da justiça social. Portanto, analisar a questão sob o viés da metodologia econômica significa conceber a possibilidade de vinculação dos conceitos de eficiência econômica ao de desenvolvimento sustentável.

Outrossim, na atualidade o desafio proposto aos agentes econômicos é desenvolver suas atividades e atuar num cenário econômico em busca da maximização de resultados (eficiência econômica) em consonância com uma gestão socioambientalmente responsável, de modo que essa atividade convirja para a implementação de um verdadeiro desenvolvimento sustentável.

56 AMAZONAS, Maurício C. Desenvolvimento sustentável e a teoria econômica: o debate conceitual nas perspectivas neoclássica, institucionalista e da economia ecológica. In: NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício C. **Desenvolvimento sustentável: A institucionalização de um conceito**. Brasília: Ibama, 2002. p. 108.

Sobre o aparente conflito entre crescimento econômico e sustentabilidade socioambiental - e a imprescindibilidade de se preservar os recursos naturais, reconhecidamente um bem escasso -, Derani reflete a passagem histórica quando a Revolução Industrial tinha a subserviência do meio ambiente:

[...] o início do desenvolvimento da produção industrial estava atrelado ao fato da existência de recursos adequados. Aço, carvão, ferro, alimento representaram condições decisivas para a Revolução Industrial, apesar da não-monetarização do valor da existência de tais recursos. Cidades cresceram e minguaram a medida que os recursos naturais que sustentavam o seu desenvolvimento desapareciam<sup>57</sup>.

Esse aparente conflito permite maiores reflexões, de forma a minimizá-lo. A CF/88, influenciada pelo emergir da consciência ecológica no cenário internacional, buscou contemplar em um mesmo projeto político os três pilares do desenvolvimento sustentável<sup>58</sup>, quais sejam: erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, I e II), o estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (artigo 170, VI) e a proteção ambiental (artigo 225, *caput*).

De mais a mais, conforme dito alhures, é preciso não se olvidar que na atualidade a atuação empresarial, em consonância com um desenvolvimento sustentável, é essencial não apenas em relação aos impactos de sua atuação, mas, também, para sua própria sobrevivência no novo mercado econômico, cada vez mais exigente no que se refere ao fornecimento de produtos e serviços que agreguem valor à sociedade pelas vias dos procedimentos adequados aos preceitos socioambientais. Isso por si só já induz a comportamentos socialmente responsáveis, dado que o ser humano, conforme dito alhures, reage aos incentivos. Sejam eles monetários ou não.

Logo, a aplicação restrita da eficiência econômica - ligada à maximização do lucro - não bastam para caracterizar uma atuação empresarial conforme a Constituição. Faz-se necessário que a eficiência tenha como suporte a maximização de resultados dentro da limitação do uso de recursos escassos (social e capital natural). A eficiência econômica não pode ser buscada a despeito dos padrões de qualidade, muitos dos quais fornecidos pelas normas e certificações de padrões de gestão adequada à responsabilidade socioambiental. Muitas das vezes a interpretação do caso concreto leva à ponderação da proporcionalidade do sacrifício de cada uma dessas dimensões em nome dos valores constitucionais.

Nesse sentido, Venturi e Koladicz<sup>59</sup> são categóricos em afirmar que a eficiência econômica, redimensionada pelo cenário complexo, pode incorporar os preceitos socioambientais diante da redefinição da própria noção de economia, de modo que o conceito de “eficiência econômica” passa a ser justamente aquela que

57 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2008. p 100.

58 WINTER, Gerd. Um fundamento e dois pilares: o conceito de desenvolvimento sustentável 20 anos após o Relatório Brundtland. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Tradução de Carol Manzoli Palma. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 2.

59 VENTURI, Eliseu Raphael; KOLADICZ, Aline. Eficiência Econômica e Desenvolvimento Integral: Economia e Direito Cerrados à Consequência Constitucional. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9484](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9484). Acesso: 10 de abr. 2023.

atende aos referidos preceitos, razão pela qual o trabalho é verdadeiramente de contemporaneização do termo.

Perfilhando entendimento análogo, Martins e Razuc pontuam a necessidade de equilíbrio entre os agentes econômicos (titulares das atividades econômicas), a sociedade e o meio ambiente:

Se concebêssemos a questão do ótimo de Pareto, pura e simplesmente, através de uma supremacia do critério econômico sobre os demais, realmente não parece possível resolver o paradoxo por este viés. Porém, deve-se compreender que este critério econômico não se isola, tampouco se sobrepõe sob os preceitos sociais e ambientais. Isso decorre da própria interpretação integral do conteúdo constitucional. Ou seja, o modelo constitucional, por si mesmo, já apresenta determinados limites ou barreiras ao capitalismo puro, tal como limitações à iniciativa privada, livre concorrência e propriedade<sup>60</sup>.

Com essa nova interpretação, como bem analisado por Cristiane Derani, a eficiência, em consonância com a complexidade axiológica tutelada pelo Texto Constitucional, sendo concebida através do chamado ótimo de Pareto, aproxima-se definitivamente do chamado desenvolvimento sustentável. Segundo a autora:

[...] a economia de mercado atinge seu grau ótimo quando realiza uma satisfatória relação entre o uso de um recurso natural e sua conservação, encontrando um preço que permite a utilização do bem ao mesmo tempo que conserva. Em outras palavras, a relação uso e não uso deve atingir um estágio ótimo que permita a continuação desta prática econômica, ou seja, a sustentabilidade do desenvolvimento<sup>61</sup>.

Um importante instrumental para mensurar as ações empresariais são as ferramentas de gestão de responsabilidade socioambiental e os indicadores de sustentabilidade<sup>62</sup>. Através da livre aderência e progressiva qualificação do agente econômico, essas referências possibilitam o estabelecimento de uma cultura e consciência organizacional, insculpindo valores internos e traçando procedimentos de prevenção de danos ao ambiente e aos consumidores.

Através desses instrumentos, o mecanismo dos preços vai perdendo seu tradicional monopólio como dispositivo informacional a respeito da alocação dos recursos sociais. Essa é uma tendência mais geral e que faz da inserção da economia e das empresas no mundo social uma das principais fontes da sua própria vitalidade. De acordo com Abramovay<sup>63</sup>: “Aos preços juntam-se outras formas de organização dos processos concorrenciais que passam pela capacidade de expor de maneira pública e sintética indicadores dos efeitos da produção e do uso dos produtos na vida social e no patrimônio natural em que ela se assenta”.

60 MARTINS, André Luis Agner Machado; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Sustentabilidade empresarial: a questão socioambiental sob a ótica da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 335-360, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2641>. Acesso: 10 de abr. 2023. p. 350.

61 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 115.

62 LOUETTE, Anne.(org.) **Gestão do conhecimento: compêndio para a sustentabilidade**: ferramentas de gestão de responsabilidade socioambiental. 1ª ed. São Paulo: Antakarana: Willis Harman House, 2007.

63 ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012. p. 142.

Em território nacional cabe citar o chamado Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE)<sup>64</sup>. Criado em 2005, esse índice é uma ferramenta para análise comparativa da performance das empresas listadas na B3 sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa. Igualmente, fornece aos investidores uma opção em formação de carteira de ações a partir de empresas com reconhecidas práticas de responsabilidade socioambientais e estimula a responsabilidade ética das corporações. Segundo dados da B3, em 2021, 78 companhias se inscreveram para participar do processo seletivo do ISE. O número é quase 70% maior que o registrado em 2019<sup>65</sup>.

Outrossim, observa-se que os sistemas de legitimidade são bem mais que uma questão de *marketing* ou de imagem. Ao aderir aos padrões de sustentabilidade, a empresa reduz o risco corporativo medido pelo risco sistemático, determinando assim a redução do custo de capital próprio e aumentando o valor econômico da empresa.

Vistas sob essa perspectiva, não há que se olvidar que na atualidade, eficiência/eficácia econômicas convergem para um desenvolvimento sustentável, na medida em que a perspectiva de adequação dos meios direcionados a um fim - com a eliminação de desperdícios e custos desnecessários - representa controle racional sobre os rumos das atividades econômicas, composta tanto de aspectos que a economia identificará, produzindo suas leis empíricas para explicar padrões, quanto de normas jurídicas, fixadas pelo legislador para regular as falhas de mercado<sup>66</sup>.

Por fim, ainda que a escassez de recursos e a maximização dos ganhos sejam debates que possam criar barreiras sobre a necessária responsabilidade socioambiental junto aos agentes econômicos, fato incontroverso é que a eficiência é um conceito primordial tanto à Economia quanto para o Direito Ambiental, guardando íntima relação com o objetivo do desenvolvimento sustentável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das questões propostas no artigo, pode-se extrair que a metodologia da AED, se concebida exclusivamente para uma interpretação de viés econômico puro, estará limitada na sua capacidade de responder as demandas socioambientais do mundo contemporâneo.

Por outro lado, a sua compreensão como método que permite a contemplação de critérios não exclusivamente econômicos, poderá convergir à elaboração de perspectivas de resposta ao aparente paradoxo existente entre crescimento econômico e demanda socioambiental.

64 Iniciativa pioneira na América Latina, o ISE B3 busca criar um ambiente de investimento compatível com as demandas de desenvolvimento sustentável da sociedade contemporânea e estimular a responsabilidade ética das corporações. Operado pelo B3 com apoio técnico da ABC Associados, teve início em 2005, foi originariamente financiado pela International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, e se desenhou metodológico foi desenvolvido pela FGVces e B3.

65 ISEB3. **O QUE É O ISE B3**. 2021. Disponível em: <http://iseb3.com.br/o-que-e-o-ise>. Acesso: 10 de abr. 2023.

66 VENTURI. Eliseu Raphael; KOLADICZ Aline. Eficiência econômica e desenvolvimento integral: economia e direito cerrados à consecução constitucional. **Âmbito Jurídico**. 1 de maio de 2011. n. 88, ano XIV. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/eficiencia-economica-e-desenvolvimento-integral-economia-e-direito-cerrados-a-consequencia-constitucional/>. Acesso em: 10 de abr. 2023.

A primeira perspectiva conclusiva abordada na pesquisa refere-se à compreensão de que a empresa e a atividade empresarial, notadamente com os novos papéis assumidos no contexto da CF/88, não é um completo exercício do livre arbítrio, ao contrário, refletem uma prática social que deve estar dotada de estrutura, organização e agentes comprometidos com critérios éticos a serem projetados sobre todas as esferas de suas relações, sejam privadas ou públicas. Ademais, essas atividades, de forma alguma poderão estar dissociadas do sistema integral constitucional, do qual decorre a necessidade de um desenvolvimento sustentável.

Demonstrou-se, também, que as ações de responsabilidade socioambiental representa um conceito moderno de eficiência, configuram um importante diferencial competitivo para seus produtos e marcas, principalmente considerando a dinâmica de mercado cada vez mais globalizado e competitivo. Por conseguinte, comportamentos ambientalmente responsáveis acabam sendo incentivados, ainda que a princípio esse não fosse o objetivo da empresa.

Aumentar a eficiência e reduzir a desigualdade no uso dos recursos: esses são os objetivos estratégicos de uma nova economia que tenha a ética no centro da tomada das decisões.

Por derradeiro, diante desse novo cenário, resta patente que a eficiência econômica necessita ser interpretada sobre um aspecto mais amplo, de modo a contemplar, a um só tempo, aos preceitos socioambientais. Assim, a eficiência econômica convergirá verdadeiramente para o desenvolvimento sustentável.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: abril, 2012.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMAZONAS, Maurício C. Desenvolvimento sustentável e a teoria econômica: o debate conceitual nas perspectivas neoclássica, institucionalista e da economia ecológica. *In*: NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício C. **Desenvolvimento sustentável**: A institucionalização de um conceito. Brasília: Ibama, 2002.
- BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. *In*: **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOLZANI, Isabela. Entenda o que é o ESG e como ele está se tornando um pré-requisito no mercado financeiro. **Folha de São Paulo**. 3/8/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/entenda-o-que-e-o-esg-e-como-ele-esta-se-tornando-um-pre-requisito-no-mercado-financeiro.shtml>. Acesso: 17 de abr. de 2021.
- CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1969.
- CARVALHO, Cristiano. A análise econômica da tributação. *In*: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 246-265.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3, p.1-44, out. 1960.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DESPAX, Michel. **L'entreprise et le droit**. Paris. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1957.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELKINGTON, John. **Canibais de garfo e faca**. São Paulo: Makron Books, 2001.
- ESTEVES, Heloísa Borges Bastos. **Economia e Direito: um diálogo possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252f. –Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomos: Direito Comercial**. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-37. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- FRIEDMAN, Milton. A Friedman doctrine – The social responsibility of business is to increase its profits. **The New York Times**. 13 de set. 1970. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>. Acesso: 210 de abr. 2023.
- FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.
- GARCIA, Ademerval. Responsabilidade social não é ajuda, é respeito. **Gazeta Mercantil**. Interior Paulista. 23/11/1.999.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: **Economic Analysis os Law Review**. vol. 1., n.1., jan-jun de 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 133-168.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, vol. 162, 1968. p. 1243-1248. Disponível em: 7 de mar. 2021.
- HAYEK, Friedrich von. The use of knowledge in society. **American Economic Review**. XXXV. Número 4, 1945, p. 519-530. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1809376?seq=1>. Acesso: 1 de mai. 2021.
- IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Milano: Laterza, 2004.
- ISEB3. **O QUE é o ISE B3**. 2021. Disponível em: <http://iseb3.com.br/o-que-e-o-ise>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- KOTLER, Philip. Competitividade e caráter cívico. In: Frances Hesselbein et al. (editores), Peter F. Drucker Foudation (organização). **A organização do futuro: Como preparar hoje as empresas de amanhã**, Ed.Futura, 1997. p. 69-85.
- MAGALHÃES, Reginaldo Sales. **Lucro e reputação: Interações entre bancos e ONGs na Constituição das políticas socioambientais**. Tese de doutorado, programa de pós-graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-19082011-201545/publico/TeseMagalhaes.pdf>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- MARTINS, André Luis Agner Machado; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Sustentabilidade empresarial: a questão socioambiental sob a ótica da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Brasileira**, ano 3, vol.4, jan.- abril. 2013. p. 335-360. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2641>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- MARTINS, Joana D'Arc Dias. **Tributação, consumo e meio ambiente: a tributação ambiental como controle do consumo e seus reflexos no meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2021.
- MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. **Limites do crescimento**. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.
- NUSDEO, Ana Maria. **Direito Ambiental & Economia**. Curitiba: Juruá. 2018.

- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo Da. Análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, p. 179-206. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**, Nova Iorque: Little Brown and Co, 1973.
- POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, vol. I. São Paulo. Saraiva. 1985.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, estudo 22, v. 5, n. 2, 2008a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: B. Sousa Santos e Edições Afrontamento, 2010.
- SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura TeixeiraMotta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. O novo Código Civil, e empresa e o Direito Econômico. **Revista Da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. N. 42, jul-dez 2002. p. 249-286.
- SROUR, Robert Henry. Ética empresarial: a gestão da reputação. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, vol. 4, n. 2, p. 41-50, 2001.
- SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro. Forense. 1993.
- VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.
- VENTURI, Eliseu Raphael; KOLADICZ Aline. Eficiência Econômica e Desenvolvimento Integral: Economia e Direito Cerrados à Consequência Constitucional. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9484](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9484). Acesso: 10 de abr. 2023.
- WINTER, Gerd Winter. Proporcionalidade Eco-Lógica: um Princípio Jurídico Emergente para a Natureza? **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, abr. 2014, p. 55-78. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/422>. Acesso: 10 de abr. 2023.
- YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008.

## A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL

### *THE APPLICATION OF THE OUTSOURCING INSTITUTE IN THE STATE MIXED ECONOMY COMPANY*

**Eduardo Vieira de Souza Barbosa<sup>I</sup>**

<sup>I</sup> Diretor Jurídico e Regulatório da Companhia Paranaense de Energia e Diretor Jurídico e de Relações Institucionais das subsidiárias integrais da Copel: Copel Geração e Transmissão S.A., Copel Distribuição S.A., Copel Comercialização S.A., e Copel Renováveis S.A. (atualmente Copel Serviços S.A.), Presidente do Conselho de Administração da ABCE – Associação Brasileira de Empresas de Energia Elétrica; Sócio fundador do escritório Vieira Barbosa & Carneiro – Advogados (licenciado), é mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA; Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst.  
*eduardo@vbcadvogados.com.br*

**Patrícia Dittrich Ferreira Diniz<sup>II</sup>**

<sup>II</sup> Advogada e membro do Conselho de Orientação Ética e Comissão de Assédio Moral da Companhia Paranaense de Energia – Copel, Especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho, Mestre e Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental na PUC-PR. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB-PR. Autora de diversos artigos e do livro “Trabalhador versus Automação: Impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz do tecnodireito e da tecnóética”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0460-9409>.  
*patridf@yahoo.com.br*

Recebido/Received: 07.05.2023/ May 7th, 2023.  
Aprovado/Approved: 27.07.2023/ July 27th, 2023.

#### RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade e os limites da terceirização de atividades no âmbito da administração pública indireta estadual, em especial na sociedade de economia mista. Diante da natureza jurídica da sociedade de economia estadual, é necessário sopesar as regras de direito público aplicáveis, especialmente da necessidade de realização de concurso público. Nesse sentido, em âmbito federal, tem-se o Decreto Federal n.º 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 5/2017, que disciplinam os requisitos para terceirização. Os aspectos metodológicos são de natureza qualitativa, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Terceirização; Administração Pública Indireta; Sociedade de Economia Mista Estadual; Decreto Federal nº 9.507/2018.

#### ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the possibility and limits of outsourcing activities within the scope of indirect state public administration, especially in mixed-capital companies. Given the legal nature of the state economy company, it is necessary to weigh the applicable public law rules, especially the need to hold a public tender. In this sense, at the federal level, there is Federal Decree No. 9,507/2018 and Normative Instruction No. 5/2017, which govern the requirements for outsourcing. The methodological aspects are of a qualitative, descriptive, bibliographical and jurisprudential nature.

**Keywords:** Outsourcing; Indirect Public Administration; State Mixed Economy Society; Federal Decree No. 9.507/2018.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA, EM ESPECIAL NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade e os limites da terceirização de atividades no âmbito da administração pública indireta estadual, em especial na sociedade de economia mista.

Os aspectos metodológicos são de natureza qualitativa, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial, para ao final responder ao questionamento se é possível aplicar o instituto da terceirização na administração pública indireta, e, em sendo positivo, verificar em quais situações, além dos parâmetros e limites.

A esse respeito, tem-se conhecimento de alterações legislativas e jurisprudenciais recentes acerca da possibilidade de terceirização de atividades nas empresas, como a reforma trabalhista a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 13.429/2017 e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida.

Ao mesmo tempo, diante da natureza jurídica da sociedade de economia estadual, é necessário sopesar as regras de direito público aplicáveis, especialmente da necessidade de realização de concurso público. Nesse sentido, em âmbito federal, tem-se o Decreto Federal n.º 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 5/2017, que disciplinam os requisitos para terceirização, quais sejam, serviços passíveis de terceirização, serviços vedados, disciplina de terceirização com cooperativas, regimes de execução dos serviços, gestão e fiscalização dos contratos de terceirização, entre outras questões.

Por outro viés, é certo que a regra constitucional do concurso público não elimina a terceirização, devendo se esquadrihar uma convivência harmoniosa entre os institutos, balizada pelos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade.

Destaca-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 no inciso XXI do artigo 37 e o inciso III do § 1º do artigo 173 permitem a terceirização através da contratação de serviços.

Sendo tal tema regulado pela Lei nº 8.666/1993, a qual preceitua normas gerais para as licitações e contratos, inclusive de serviços, por parte da Administração Pública nacional, e, a Lei Federal nº 13.303/2016, a qual trata do tema no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, entretanto, nenhuma das legislações aqui indicadas versam acerca de condições e tipos de serviços que podem ser contratados.

Assim sendo, a fim de conciliar as normas de direito público aplicáveis a essas contratações, com as normas de direito do trabalho, visando promover uma análise

jurídica interdisciplinar mais aprofundada, pretende-se, à luz do direito público e do direito do trabalho, buscar elementos para fundamentar, a abrangência da permissão de terceirizações; a eventual vedação e/ou limitação de atividades terceirizáveis; as regras gerais sobre a terceirização; e a forma de disciplina das terceirizações nos contratos e processos administrativos, em especial na sociedade de economia mista estadual.

## 1. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA, EM ESPECIAL NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A sociedade de economia mista nasceu como uma réplica aos princípios austeros da administração pública burocrática, assim como uma maneira de fomentar o desenvolvimento econômico do país, nos termos do Decreto Lei nº 200/67.

O artigo 5º, III do referido Decreto assim conceitua a sociedade de economia mista, como uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado, mas sujeitam-se ao controle estatal, motivo pelo qual suportam a derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público. Especifica ainda que as referidas sociedades apresentam vinculação aos fins determinados na lei instituidora, bem como, desempenham atividade de natureza econômica, sendo-lhes aplicada, em especial, o Decreto Lei nº 200/67, a Lei nº 6404/1976 e os artigos 37, XIX e 173, §1º, II da CF/88.<sup>1</sup>

A sociedade de economia mista compõe a Administração Pública Indireta, tendo a descentralização como escopo “utilizar o modelo empresarial privado, seja para dar um melhor atendimento aos usuários do serviço público, seja para maior rendimento na exploração da atividade econômica”<sup>2</sup>, uma vez que pode exercer a exploração de atividade econômica ou então a prestação de serviço público, e, como tal, está sujeita à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por força do art. 37, XXI da CF/88 e da Lei n.º 13.303/2016.

Neste contexto, existem distinções entre os institutos de direito público que orientam as atividades da Administração Pública (Direta e Indireta) e os institutos de direito privado que determinam as relações entre os particulares.

As relações entre particulares se desenvolvem no âmbito da autonomia de vontades, sendo-lhes facultado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. É do acerto das vontades entre os particulares que surgem os contratos e desenvolvem-se as relações. Para a Administração Pública, o que vige é o princípio da legalidade, é a

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª. ed – São Paulo: Atlas, 2006, p. 438

2 FERRO, Marlúcia Lopes. Sociedade de economia mista & despedida imotivada. São Paulo: LTR, 2007, p. 27

vinculação das ações da Administração àquilo que a lei permite. O princípio da legalidade implica ao agente público fazer somente aquilo que a lei autoriza.

Diante da força vinculante do princípio da legalidade, imposta às atividades e atos administrativos, nem todos os contratos e acertos de vontade realizados por particulares podem ser realizados pela Administração, que somente com a devida permissão legal pode agir.

Além do princípio da legalidade, a Administração deve atentar para os outros princípios constitucionais administrativos previstos no *caput* do art. 37 da CF/88, quais sejam: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Vale citar o conceito do referido princípio da eficiência exarado por Alexandre de Moraes, o qual confere à Administração Pública a busca do bem comum e da qualidade, a partir da utilização correta e adequada dos recursos públicos, de forma eficaz e sem burocracia, evitando desperdício e buscando rentabilidade social.<sup>3</sup>

Interessante ainda citar o entendimento do princípio da eficiência ligado à noção de administração gerencial e relação custo/benefício, afastando o conceito tradicional de controles e gestão da Administração Pública, que normalmente estão atrelados à morosidade, desperdícios, baixa produtividade, ineficiência se comparado ao setor privado. O princípio da eficiência está relacionado com o princípio da economicidade, e com este, possui objetivos como a prestação de serviços focado na relação custo/benefício da atividade da Administração, ou seja, “o administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes.”<sup>4</sup>

A aplicação da análise econômica do direito<sup>5</sup> pode ajudar a entender a melhor forma de aplicação do princípio da eficiência, devendo se considerar todos os custos de transação envolvidos, e devendo a análise ser realizada em termos efetivos e não somente pecuniários, e verificar o que será mais vantajoso para todas as partes envolvidas.<sup>6</sup>

No voto do Recurso Extraordinário nº 958252, há um exame importante acerca da terceirização e análise econômica do direito, o qual coaduna com o presente artigo:

O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma,

3 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320

4 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 202 e 203

5 “Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 17-37. Para saber mais ver: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

6 “Para a aplicação da Análise Econômica do Direito é preciso ter em mente premissas fundamentais, quais sejam, que o ser humano age de forma racional maximizadora, escolhendo o que for melhor para si, com base na existência ou não de incentivos e de eventual sanção cabível, sendo que dentre os incentivos ou desincentivos pode-se citar o conteúdo das regras legais. Têm-se ainda como premissas a busca da eficiência, principalmente pela consideração do critério de Kaldor-Hicks; as falhas do mercado, sobretudo em razão da assimetria informacional; bem como, a existência de custos de transação, os quais serão analisados no próximo item.” in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ditttrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.<sup>7</sup>

O princípio da moralidade, por sua vez, nada mais é do que o cumprimento estrito da legalidade acompanhado dos princípios éticos da razoabilidade e justiça. Vale ressaltar o entendimento da Maria Sylvia Zanella di Pietro que reforça o conceito de moralidade atrelado à “proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”.<sup>8</sup>

O princípio da moralidade está estreitamente ligado à ideia de probidade e de boa-fé, portanto, atendendo um está se atendendo a todos.

Dessa forma, “toda a atuação da Administração deve visar ao interesse público, deve ter como finalidade a satisfação do interesse público”.<sup>9</sup>

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade implica no dever dos Entes Públicos quando da produção de normas jurídicas, de cumprir as exigências de adequação, exigibilidade e equilíbrio axiológico, sob pena de invalidação.

O princípio da impessoalidade também merece ser analisado, sendo que para Celso Antônio Bandeira de Mello tal é relevante para evitar privilégios, discriminações, favoritismo, bem como, “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideologias não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”<sup>10</sup>

Desta forma, em tendo a terceirização como escopo a impessoalidade, e sendo obrigatoriamente realizada através de licitação, conforme prevê a CF/88, não há que se falar em não atendimento ao referido princípio.

Ademais, a CF/88, no mesmo artigo 37, ora em análise, que prevê o instituto da licitação, estabelece também, a obrigatoriedade de investidura de servidores públicos mediante concurso público.<sup>11</sup>

Ou seja, a regra é de que os entes da Administração Pública tenham servidores concursados, o que não exclui, por outro lado, a possibilidade de execução indireta de atividades e a terceirização de serviços. Por isso mesmo, existe a regra da submissão das contratações da Administração Pública ao processo licitatório, pois há serviços que poderão ser executados por terceiros.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

9 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 198.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 114.

11 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

O que se resta demarcar são os limites da terceirização admissíveis à administração pública estadual, em especial a sociedade de economia mista.

A terceirização pode ser definida como uma relação trilateral na qual existem os seguintes sujeitos: contratante (empresa tomadora), contratado (empresa prestadora de serviços) e o trabalhador terceirizado. Percebe-se que tal formatação difere da relação de emprego tipicamente bilateral existente entre empregador e empregado. Reitera-se ainda que a terceirização sempre se refere à serviços, e jamais mão de obra, portanto, não há que se falar de terceirização desta última.

Para a doutrina, a terceirização é uma forma de modernização das relações trabalhistas, proporcionando às empresas redução dos custos operacionais e maior competitividade por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, além de ser uma alternativa para minorar a falta de postos de trabalho.<sup>12</sup>

A terceirização é definida por Delgado como “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”<sup>13</sup>, restando o trabalhador inserido no processo produtivo do tomador, mas sendo a relação trabalhista relacionada à entidade superveniente.

Destaca-se que antes do advento da Lei nº 13.429/17, inexistia diploma legal que regulamentasse a terceirização de forma geral. Tal incumbência ficava a cargo dos Tribunais a partir de interpretações extraídas da Súmula 331<sup>14</sup> do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, desde 1995 já há legislação específica quanto à possibilidade de terceirização nas atividades exercidas pelas concessionárias e permissionárias, nos termos do artigo 25, § 1º da Lei nº 8.987/95.<sup>15</sup>

Nos termos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, a execução das atividades inerentes ao objeto da concessão pode ser atribuída a empresas especializadas de mão de obra.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 171-174.

13 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

14 Súmula nº 331 do TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

15 Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

O legislador quis ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípuo, objeto da concessão. Nesse diapasão, é o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, que, ao estipular a responsabilidade da empresa concessionária pela prestação dos serviços públicos (art. 175 da CF/88), permite a terceirização em atividade inerente à atividade-fim, na medida em que a expressão inerente, constante da lei, segundo Plácido e Silva, “exprime o qualificativo o que vem unido ou o que está ligado à coisa. É pertinente, é próprio, é inato”. “O inerente vem junto com a coisa, nasce com a coisa. Não é mero atributo dela: é elemento congênito, que com ela surgiu, para mostrar sua qualidade, seu caráter ou seu estado. É o que é originário”.<sup>16</sup>

A contratação destas atividades inerentes, acessórias ou complementares com terceiros está expressamente assegurada pelas leis citadas, pelo que, não há que se falar em terceirização ilícita, mesmo porque não há lei proibitiva, mas sim permissiva.

É também a Lei Suprema que assegura que todo o trabalho humano lícito (ou não ilícito) deve ser livremente exercitado, nos termos da CF/88; bem como deve ser assegurado o livre exercício de toda e qualquer atividade econômica, nos termos do artigo 170, parágrafo único da mesma CF/88.

No contrato de concessão não se exige que tais atividades sejam prestadas por empregados próprios da concessionária. Pelo contrário, a Lei nº 8.987/95, no seu artigo 25, § 1º, prevê expressamente, sem prejuízo da responsabilidade da concessionária, a possibilidade de executar por meio de contrato com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Reitera-se que o artigo 37, XXI da CF permitiu a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, desde que houvesse lei específica prevendo licitação e regras para os contratos a serem realizados.

Por sua vez, no âmbito federal a Lei nº 8.666/1993 regulamentou as contratações públicas, e, no âmbito estadual, a Lei nº 15.608/2007, havendo, ainda, para as empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016.

Recentemente, entrou em vigor a Lei nº 13.429/17, que alterou alguns artigos da Lei nº 6.019/74, regulamentando algumas questões acerca das terceirizações e trabalho temporário, em especial a permissão de terceirização de qualquer atividade, não havendo diferenciação entre fim e meio, sendo aplicáveis suas regras à Administração Pública Indireta na medida a seguir explicitada.

Interessante observar que para conciliar as normas de direito público e de direito do trabalho, é preciso se aprofundar sobre os critérios de interpretação das leis, sendo que Maria Helena Diniz, afirma que a interpretação é ideológica, deve buscar a finalidade prática a partir dos fins, objetivos e sentido da norma, já prevendo conflitos e soluções, sem deixar prevalecer preferências pessoais.<sup>17</sup>

16 SILVA, Plácido e. Vocabulário jurídico. Editora Forense

17 DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 5ª. ed. Editora Saraiva, p. 153

Desta forma é importante, fazer uma interpretação sistemática de toda a legislação aqui exposta em conjunto com a CF/88, sendo que as legislações supracitadas, embora autorizem a execução indireta de atividades pela Administração Pública, não fixaram seus limites. E, diante da manutenção dessa dicotomia no âmbito da Administração Pública, transcreve-se decisão do Tribunal de Contas da União, em que houve a ponderação didática da matéria, mas antes da nova legislação aqui mencionada:

40. No âmbito da administração pública, [a terceirização] é permitida com base no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei 8.666/1993. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, inciso VIII, e 10 dessa lei, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 343).

41. Entretanto, não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública. O decreto-lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, em seu artigo 10, §7º, já previa a possibilidade de terceirização para as tarefas executivas:

**§ 7º para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.**

42. A Constituição Federal de 1988, ademais, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (artigo 37, inciso II): (...)

43. A Carta Magna, em adição, determina que a administração pública de qualquer dos poderes e entes federados deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, caput).

44. Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público, em clara afronta aos princípios constantes do caput, do artigo 37, da carta política.

45. Buscando coibir a terceirização irregular, o chefe do poder executivo federal editou o decreto 2.271/1997, dispondo sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que, logo em seu artigo 1º, disciplina quais atividades podem ser terceirizadas:

Art. 1º no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às

categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

46. Essa norma regulamentar veda, portanto, a terceirização das atividades que correspondem à área de competência legal do órgão ou entidade e daquelas abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo, neste caso, expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo em extinção. As demais atividades, chamadas de acessórias, instrumentais ou complementares, poderão ser objeto de execução indireta.

**47. Para as empresas estatais, apesar da falta de regulamentação, esta corte de contas aplica analogicamente o disposto no decreto 2.271/1997, a exemplo dos acórdãos 3.566/2008 – segunda câmara, 215/2008 – plenário, 1.141/2011 – primeira câmara e 2.132/2010 – plenário. – g.n.<sup>18</sup>**

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADPF 324, em 30/08/2018, também modificou basilaramente o entendimento sobre o tema, afastando a até então existente divisão entre conceitos de atividade fim e atividade meio, para fins de terceirização:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.<sup>19</sup>

Na data de 13/09/2019 foi fixada a seguinte tese no Recurso Extraordinário nº 958.252, considerando lícita a terceirização, ou seja, “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”<sup>20</sup>

Interessante apresentar pontos importantes do referido julgado, conforme segue transcrito, o qual demonstra que não há nenhuma irregularidade na terceirização e que ela é benéfica para o modelo organizacional e para a sociedade:

11. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas para fazer frente às exigências dos consumidores, justamente porque elas assumem o risco da atividade, representando a perda de eficiência uma ameaça à sua sobrevivência e ao emprego dos trabalhadores.

(...)

13. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance

18 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 032.202/2010-5 – 1ª Câmara.

19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 324. Acórdão publicado em 06/09/2019. Relator Ministro Roberto Barroso.

20 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.<sup>21</sup>

Em razão das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, aqui explanadas, pode-se inferir, por lógica, que assunto similar constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5685, a qual ainda permanece em julgamento, provavelmente será julgada na mesma configuração. De qualquer forma, é fato que ainda não há decisão do Supremo Tribunal Federal ou legislação posterior que impeça a terceirização de atividade fim ou meio, inclusive sequer há divisão neste sentido, portanto, é este panorama que deve ser avaliado para a conclusão do presente parecer.

Destaca-se que a referida decisão do Supremo Tribunal Federal altera por completo o panorama existente na decisão do Tribunal de Contas da União, pois ausente a divisão entre atividade fim e meio, fator que foi utilizado para determinar uma licitação regular ou irregular, portanto, não havendo mais nenhum parâmetro, a terceirização, seja ela qual for, é regular, o que está de acordo com a legislação existente, que jamais realizou a referida distinção, sendo portanto, inconstitucional a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

22. Em conclusão, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa, reputando-se inconstitucional a Súmula nº. 331 do TST, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB).<sup>22</sup>

Importante ainda citar uma das primeiras decisões prolatadas após o advento da reforma trabalhista, na Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001 envolvendo uma empresa de sociedade de economia mista e a terceirização:

Destarte, irrelevante ao caso a análise de que a terceirização realizada pela Ré se deu em uma de suas atividades fins, tampouco, friso, sobre a aplicabilidade da lei 13.429/2017, eis que, nos termos da decisão acima citada, esta sempre foi permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, resguardadas, apenas, as decisões já transitadas em julgado.

Dito isso, resta perquirir acerca da possibilidade de terceirização pela Administração Pública de atividades próprias de categorias abrangidas por plano de cargos de seu quadro próprio de pessoal - servidores efetivos.

**Neste passo, em que pese a regra do art. 37, II, da CF/88, que prevê que o provimento de cargos e empregos na Administração Pública se dê por meio de concurso público, não há impedimento para que a empresa estatal ou sociedade de economia mista terceirize determinadas atividades necessárias para consecução de seu objetivo primário, ainda que o Ente Público tenha corpo**

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

**próprio de pessoal, bastando que justifique de forma razoável a conveniência de tal hipótese, bem como que obedeça aos princípios que regem a Administração Pública, em especial, a regra do procedimento licitatório.**

Neste passo, não assiste razão à parte autora.

Isto porque, inexistem nos autos elementos seguros e confiáveis a demonstrarem a prática de terceirização ilícita de atividades pela Ré, isto é, de que esta vem substituindo seu pessoal efetivo pela contratação de empregados terceirizados.

**A um, porquanto o contrato de prestação de serviços de consultoria tributária firmado pela empresa Ré não tem objeto idêntico às atribuições próprias dos advogados concursados do quadro de empregados da Copel.**

(...)

Destarte, dada a especialidade dos serviços prestados a título de consultoria tributária, lícita a terceirização realizada pela Ré.

A dois, porquanto, no que se refere aos contratos de prestação de serviços de advocacia consistentes na representação judicial da Ré em audiências cíveis e trabalhistas, não restou demonstrada a perfeita correspondência entre as atividades dos advogados terceirizados com as privativas do advogado integrante do quadro permanente das Copel.

(...)

Na hipótese, portanto, entendo que se mostrou razoável e adequada a escolha realizada pela empresa Ré, no que pertine à representação processual por meio de advogados terceirizados, em comarcas das quais não possui sede, e, conseqüentemente, advogados concursados, a qual se encontra em conformidade com os princípios da moralidade e eficiência da Administração Pública.

Destaco que, não se mostra razoável a determinação para que a empresa Ré contrate advogado efetivo, o qual tem diversas atribuições, tão somente para atender a demanda suprimida pelos advogados terceirizados, isto é, representação da Ré em audiências realizadas em cidades das quais esta não tem sede, em geral.

(...)

Pelo exposto, julgo lícita a terceirização nos moldes realizados pela empresa Ré, e, por conseguinte, indefiro os pedidos de itens "a", "b" e "c" da exordial, fl. 56.

Deste modo, não reconhecida a existência de terceirização ilícita, e sendo incontroverso o preenchimento da única vaga constante no Edital 04.2015 para o cargo de Advogado, não há como reconhecer a preterição dos candidatos aprovados para fins de cadastro de reserva, uma vez que, nos termos da jurisprudência da pacificada, estes têm somente mera expectativa de direito à nomeação.

(...)

Por fim, não reconhecida a prática de qualquer ato ilícito pela empresa Ré, indefere-se, igualmente, o pleito de indenização por danos morais coletivos.<sup>23</sup>

A referida decisão foi mantida em sede de Recurso Ordinário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, conforme segue fundamentação transcrita:

<sup>23</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001. 1ª. Vara do Trabalho de Curitiba. Sentença prolatada em 21 de Setembro de 2018. Juíza Dra. Márcia Frazão da Silva.

Em abono à complexidade do tema e à discussão que se aventa sobre a extensão dos efeitos da referida decisão à Administração Pública, jungida, de todo modo, a arcabouço conceitual próprio e, ainda, ao limite regulatório do concurso público (art. 37, “caput”, e incisos II e IX, da Constituição Federal), acresçam-se os fundamentos que seguem.

(...)

A eventual existência de quadro jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, uma vez preenchidos os requisitos legais.

(...)

A especialidade do serviço técnico profissional, na dicção legal, justifica a contratação direta, também informada pela necessidade da Administração de atendimento aos princípios da moralidade e da eficiência (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).

(...)

O último aspecto referido, em destaque, é de suma importância no caso dos autos, dado o inegável impacto financeiro que a manutenção de corpo jurídico, ou, em última análise, a demanda de deslocamentos, diárias e pagamento de horas extras, em cada um dos municípios ou comarcas do Estado traria às Reclamadas, para atender fases processuais de comparecimento indispensável da parte, e que, sem embargo da importância do trabalho, não justifica a permanência de estrutura jurídica na localidade. A descentralização de estruturas próprias para localidades cuja demanda de serviço não tem suficiente e justificável vazão, no caso, atentaria contra a imperiosa correlação que deve existir entre a satisfatória prestação do serviço público e o custo que ele impõe ao erário. Não se trata, à evidência, de precarizar o trabalho do profissional, mas de atentar que a proximidade do local dos fatos atende, com maior eficiência e menos dispêndio, ao interesse público.

(...)

Pelo exposto, não vislumbra ilicitude da terceirização.<sup>24</sup>

Ou seja, a terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública Indireta, em especial na sociedade de economia mista, é lícita, uma vez que não há proibição na lei quanto o referido instituto, contudo, deve-se compreender os limites a que está sujeita, sempre observando o custo/benefício e a finalidade de tal escolha

## 2. DOS LIMITES E RECOMENDAÇÕES PARA A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Entende-se que a terceirização é utilizada visando a economicidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos, pois a ferramenta possibilita a redução de custos com pessoal e prestação de serviços especializados, as quais supostamente são mais vantajosas para o Estado, visto que não há necessidade de realizar gastos para capacitar seu próprio pessoal.

Ao transferir uma parcela de suas atividades a terceiros, a empresa contratante deixa de realizar gastos com parte de sua estrutura, otimizando tempo, recursos pessoais e financeiros. Isso permitirá que se concentre no foco do seu negócio,

24 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão publicado em 13 de Dezembro de 2018. Relator Juiz Convocado Dr. Luiz Alves.

aproveitando melhor seu processo produtivo, investindo em tecnologia e desenvolvimento de novos produtos, obtendo ao final mais agilidade, flexibilidade e competitividade no mercado.

No entanto, a doutrina tem apontado a ocorrência recente da “desterceirização”, diante da constatação de que determinados serviços terceirizados não foram bem-sucedidos, muitas vezes após constatação da necessidade do retrabalho com mão de obra própria.<sup>25</sup>

Assim, Sekido recomenda a adoção de algumas regras para efetividade da terceirização, quais sejam, estudo prévio da necessidade e vantajosidade; escolha de mão de obra especializada, a qual deve ser remunerada e sem a existência dos elementos da relação de emprego com a Administração Pública; a parceria deve visar o crescimento de todas as partes envolvidas; e, por fim, a empresa terceirizada deve possuir autonomia para dirigir os serviços contratados sem interferência do tomador de serviço.<sup>26</sup>

Nessa esteira, em havendo decisão pela realização de terceirização no âmbito da sociedade de economia mista estadual, deverá a área responsável, em processo próprio, preocupar-se com as recomendações supracitadas, em especial quanto à vantajosidade, além de respeitar regras que obrigatoriamente deverão ser criadas em âmbito corporativo.

Nesse sentido, embora a legislação federal que trata da terceirização não tenha fixado regras claras para sua limitação no âmbito da Administração Pública, é certo que o regime a que se submetem as empresas estatais não é exatamente o mesmo regime a que se submetem as empresas privadas, devendo haver uma conciliação, por um lado, entre a livre iniciativa e autonomia da vontade, e, por outro lado, a supremacia e indisponibilidade do interesse público, pois é exatamente esta combinação o cerne da sociedade de economia mista, não podendo prevalecer um dos aspectos, mas sim o equilíbrio.

Com relação à defesa do livre-arbítrio das estatais, assim preceitua Celso Antônio Bandeira de Melo: nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.<sup>27</sup>

A fim de corroborar com o entendimento de liberdade da sociedade de economia mista, importante citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à dispensa do empregado público, a qual no julgamento do Tema nº 131 da repercussão geral, julgado em 12/09/2013, entendeu pela necessidade de motivação da dispensa, entretanto, sem todas as formalidades da administração pública direta:

25 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 21

26 SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. Trabalho publicado em setembro de 2010 no site: [https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show\\_full\\_text](https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show_full_text), p. 16

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 288.

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS –ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Sendo que na data de 29/11/2018, o Relator Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário nº 688.267, reconheceu a repercussão geral sob nº 1022, referente à possibilidade de dispensa sem motivação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista admitido por concurso público, demonstrando, um caminho rumo a flexibilização da dispensa do empregado público quando há exploração de atividade econômica pela empresa pública ou sociedade de economia mista, ou seja, isentando-as de motivação, ou seja, o mesmo caminho que está a trilhar no âmbito da aplicação do instituto da terceirização, principalmente, considerando que as duas discussões perpassam pela alegação da necessidade do respeito à realização e consideração do concurso público.

Assim sendo, ainda no âmbito federal, o Decreto Federal 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 07/2018 vieram disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, estabelecendo um rol de atividades que podem ou não ser terceirizadas. Veja-se o contido no Decreto a respeito dos limites de terceirização pelas empresas estatais:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

- I - caráter temporário do serviço;
- II - incremento temporário do volume de serviços;
- III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
- IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

De acordo com Joel de Menezes Niebhur, o referido Decreto possui como intuito aumentar a flexibilização das regras da terceirização nas empresas estatais em razão “de elas serem pessoas jurídicas de direito privado e, pelos menos as que exploram diretamente atividade econômica, submeterem-se ao regime jurídico das empresas privadas, nos termos do inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal.”<sup>28</sup>

O Autor ainda traz mais uma reflexão importante referente à possibilidade de terceirização em atividades em que há empregados concursados, bem como, a possibilidade de terceirização de atividade entendida como fim, apesar de não existir a dita distinção:

Unindo as pontas, chega-se a duas conclusões: a primeira é que a terceirização de atividades coincidentes com os cargos das estatais não viola a legalidade, porque os cargos das estatais não são criados por lei; a segunda é que não há proibição geral de terceirização de atividades-fim. Diante disso, sem violar qualquer norma jurídica, o *caput* do art. 4º do Decreto nº 9.507/2018 reconheceu competência discricionária às estatais para terceirizar atividades coincidentes com as atribuídas a seus cargos, tomando em conta os princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.<sup>29</sup>

Desta forma, compreende-se que, na ausência de legislação ou decreto estadual definindo limites específicos à terceirização por empresas estatais, pode-se adotar por simetria e, como fonte normativa, a disciplina do Decreto Federal n.º 9.507/2018, inclusive com as limitações ali indicadas.

Não há que se falar em impossibilidade de aplicação do referido Decreto em âmbito Estadual e Municipal, sendo inclusive o entendimento do Tribunal de Contas do Paraná, pela aplicação:

#### Decisão

O relator do processo, conselheiro Durval Amaral, afirmou que a terceirização de serviços na esfera da administração pública sempre foi muito debatida no âmbito do TCE-PR, pois frequentemente é utilizada

28 NIEBHUR, Joel de Menezes. A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais. Extraído do site: <https://www.zenite.blog.br/a-terceirizacao-no-novo-decreto-no-9-5072018-entre-a-restricao-para-a-administracao-direta-autarquica-e-fundacional-e-a-flexibilidade-para-as-estatais/>. Publicado em 09/01/2019.

29 *Ibidem*.

pelos gestores públicos de forma irregular, em burla à regra do concurso público prevista no artigo 37, II, da Constituição Federal, que demanda a contratação de servidores em consonância com os princípios da isonomia, igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa.

Amaral ressaltou, também, que a administração pública tem o dever de criar cargos ou empregos para execução de assuntos relativos à sua área de competência legal - aqueles que constituem seu núcleo fundamental de atuação.

No entanto, o conselheiro destacou que há outras atividades que não coincidem com o esse núcleo e que, portanto, podem ser executadas indiretamente, desde que observados os princípios da administração pública. Ele ainda lembrou que, em consonância com esse entendimento, o governo federal revogou o Decreto nº 2271/97 e regulamentou, recentemente, a execução indireta (terceirização) por meio do Decreto nº 9.507/18.

Os conselheiros aprovaram o voto do relator, por unanimidade, na sessão do Tribunal Pleno de 23 de outubro. O Acórdão nº 3367/19 - Tribunal Pleno foi veiculado, em 4 de novembro, na [edição nº 2.178 do Diário Eletrônico do TCE-PR](#), disponível no portal [www.tce.pr.gov.br](http://www.tce.pr.gov.br). O trânsito em julgado do processo ocorreu em 13 de novembro.<sup>30</sup>

Interessante analisar o disciplinamento do artigo 4º do Decreto Federal n.º 9.507/2018, item a item, para que possa ser estabelecido eventuais limites para a terceirização na sociedade de economia mista estadual.

O referido artigo 4º estabelece que o Decreto se aplica para empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, e, por simetria, conforme definido anteriormente, também as controladas pelos Estados ou Municípios.

Em seguida, o Decreto estabelece que “não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários”, entretanto, estabelece uma série de ressalvas, atreladas aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

O inciso I admite a terceirização em caso de caráter temporário do serviço e o item II na hipótese de incremento temporário do volume de serviços, o que não é novidade, se o histórico do mercado for analisado.

Menciona-se que as situações descritas nos incisos I e II ora citados, “poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.”

Entretanto, o inciso III traz uma novidade, qual seja, a “atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente”, assim, como o item IV, referente à “impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere”.

30 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Matéria extraída do site: <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/municipio-pode-terceirizar-atividades-de-operador-de-maquinas-motorista-e-coveiro/7472/N>.

Quanto ao inciso IV, é interessante destacar que a competição pode ser enquadrada como a concorrência pelo mercado, através do leilão por exemplo, bem como, a concorrência por comparação, a qual utiliza um modelo de benchmarking para se enquadrar e se manter no mercado concorrencial em que atua.<sup>31</sup>

O referido artigo 4º do Decreto Federal nº 9.507/2018 institui que o Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista constituirá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

Por fim, interessante trazer a conclusão de parecer exarado pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, a qual infere que as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, referentes à terceirização, aplicam-se à Administração Pública até posição judicial em contrário, bem como, os gestores estariam resguardados de eventuais acusações de ilegalidade ou improbidade em relação ao tema, em razão da ausência de contornos bem definidos que delimitem o referido instituto:

#### CONCLUSÃO

74. As Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, que alteraram a Lei nº 6.019/1974, trouxeram um novo paradigma para as terceirizações no direito brasileiro. Pelo abarcamento amplo de sua regulação, a Administração Pública, ao menos até posição judicial em contrário, está submetida a referidos diplomas.

75. Sem embargo, não foram traçados contornos bem definidos que orientem a terceirização na Administração Pública, salvaguardando os gestores de eventuais acusações de ilegalidade ou improbidade quando da implementação do instituto. Assim sendo, a terceirização na Administração Pública deve fazer deferência a outros parâmetros, tais como a regra do concurso público, o poder de polícia, a necessidade prévia de licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

76. A tese jurídica aqui construída procurou apresentar um panorama desses preceitos, exemplificando atividades que, em abstrato, poderiam e não poderiam ser terceirizadas. No entanto, pelas peculiaridades inerentes aos casos concretos, será necessária uma análise mais minuciosa do assunto quando da efetivação do instituto.

77. Além disso, deve se estar em alerta para a posição a ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal nas 16 (dezesesseis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão pendentes de julgamento e que tratam da temática, o que fornecerá padrões mais seguros para a atuação dos gestores na utilização do instituto.<sup>32</sup>

Portanto, o instituto da terceirização pode ser aplicado na administração pública indireta, em especial, nas sociedades de economia mista estadual, nos limites estabelecidos por lei estadual, ou na sua ausência, pelo disciplinamento do Decreto Federal nº 9.507/2018, nos limites e contornos do artigo 4º da legislação ora indicada.

31 OLIVEIRA, Gesner e outros. Análise do ambiente concorrencial do setor elétrico no Brasil. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. 2018, p. 35

32 ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer nº 16.054/2018 exarado em 29/11/2018. Extraído do site: <http://www. age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/Pareceres2018/parecer-16.054-1.pdf>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a concepção da sociedade da economia mista vem se tentando desburocratizar a administração pública, não simplesmente para que a mesma possa atender a população de maneira mais eficiente e célere, mas igualmente para que empresas estatais possam competir com empresas do setor privado, seja pelo mercado, seja por comparação.

Destaca-se que tal concorrência é favorável à sociedade, pois instiga as empresas, estatais e privadas, a oferecerem o melhor de si para os consumidores, e dessa forma, abrandar preços, aprimorar a qualidade do serviço ou produto, aperfeiçoar a performance referente à sustentabilidade, e, por decorrência, crescer o consumo, os postos de trabalho, o desenvolvimento, num círculo proveitoso de benefícios para a sociedade, alcançando o desígnio da sociedade de economia mista, que é exatamente recomendar as melhores direções ansiadas nesta evolução.

E para obter esta eficiência e agilidade, resta necessário aplicar o escopo da lei, desde a criação da sociedade de economia mista, em especial com a flexibilização de atuação no mercado, a partir da conciliação entre as normas de direito público e direito privado, com o intuito de resguardar a aplicação dos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, com o instituto da terceirização.

Desta forma, para que a legislação cumpra o seu papel, a terceirização de atividades na Administração Pública Estadual deve seguir a mesma disciplina e regras estabelecidas em âmbito federal, quando inexistente legislação em âmbito estadual, limitando-se a possibilidade de terceirização aos casos fixados no artigo 4º do Decreto Federal n.º 9.507/2018.

Recomenda-se, ainda que o Conselho de Administração, ou órgão equivalente, avalie e aprove a política de terceirização, a qual deverá ser apresentada em conformidade e por simetria com o Decreto Federal nº 9.507/2018.

Após a respectiva aprovação da política de terceirização, devem ser elaboradas normativas internas acerca do tema, bem como as áreas de elaboração de contrato devem ser adequadas a fim de adequar procedimentos e memorandos, indicando às justificativas indicadas no artigo 4.º do Decreto Federal n.º 9.507/2018, e, quando impossível tal subsunção, entender pela impossibilidade do instituto da terceirização.

É fato que o Decreto Federal nº 9.507/2018 estabeleceu regras mais flexíveis para as estatais com relação à aplicação do instituto da terceirização, e, portanto, não ofendem norma jurídica, quando respeitado os limites ali indicados.

É importante esclarecer que o presente parecer não está a defender a plena terceirização, mas sim, a aplicação do instituto de forma a atender o princípio da eficiência e aperfeiçoar o atendimento ao consumidor e a população, objetivo principal da sociedade de economia mista.

Por fim, é importante identificar se eventual aversão a tal flexibilização realmente possui cunho técnico jurídico, ou se trata somente de questionamento político, pois estes não podem prevalecer sobre aquele, sob pena de restar um debate político vazio e sem fundamento, o qual tende a ocasionar muito mais retrocessos, do que avanços.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer nº 16.054/2018 exarado em 29/11/2018. Extraído do site: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/Pareceres2018/parecer-16.054-1.pdf>.
- ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 5ª edição, Editora Saraiva.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRO, Marlúcia Lopes. Sociedade de economia mista & despedida imotivada. São Paulo: LTr, 2007.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NIEBHUR, Joel de Menezes. A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais. Extraído do site: <https://www.zenite.blog.br/a-terceirizacao-no-novo-decreto-no-9-5072018-entre-a-restricao-para-a-administracao-direta-autarquica-e-fundacional-e-a-flexibilidade-para-as-estatais/>. Publicado em 09/01/2019.
- OLIVEIRA, Gesner e outros. Análise do ambiente concorrencial do setor elétrico no Brasil. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. Elaborado em julho/2018.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.
- SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. Trabalho publicado em setembro de 2010 no site: [https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show\\_full\\_text](https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show_full_text).
- SILVA, Plácido e. Vocabulário jurídico. Editora Forense.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 324. Acórdão publicado em 06/09/2019. Relator Ministro Roberto Barroso.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Matéria extraída do site: <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/municipio-pode-terceirizar-atividades-de-operador-de-maquinas-motorista-e-coveiro/7472/N>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 032.202/2010-5 – 1ª Câmara.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº **0000401-29.2017.5.09.0001. 1ª. Vara do Trabalho de Curitiba. Sentença prolatada em** 21 de Setembro de 2018. Juíza Dra. Márcia Frazão da Silva.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº **0000401-29.2017.5.09.0001. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão publicado em** 13 de Dezembro de 2018. Relator Juiz Convocado Dr. Luiz Alves.

artigos  
científicos

## ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 17-B, §3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### ANALYSIS OF THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ART. 17-B, §3º OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

**Edelvan Ricardo Buchta<sup>I</sup>**

<sup>I</sup> Possui graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). É pós-graduado em Direito Constitucional (Faculdade Damásio). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7993-8699>. [edelvanrb@gmail.com](mailto:edelvanrb@gmail.com)

**Taís Fernanda Kusma<sup>II</sup>**

<sup>II</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestranda em Direito (UEPG) e pós-graduanda em Direito Público (UNIMAIS). Pós-graduada em Direito Ambiental (UFPR) e em Direito Penal e Criminologia (UNINTER). Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4899-8717>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8587457530915128>. [tais.kusma@gmail.com](mailto:tais.kusma@gmail.com)

Recebido/Received: 08.05.2023/ May 8th, 2023.  
Aprovado/Approved: 29.06.2023/ June 29th, 2023.

#### RESUMO

Por meio da Lei n. 14.230/2021 foram promovidas diversas alterações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), entre as quais, a inserção do art. 17-B, §3º, que determina, para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido no acordo de não persecução civil, a obrigatoriedade da oitiva do Tribunal de Contas competente. No entanto, tal alteração legislativa tem sido alvo de críticas por tratar de questões afetas à autonomia funcional dos órgãos envolvidos – Ministério Público e Tribunal de Contas -, à criação de novas atribuições em inobservância à competência privativa das Cortes de Contas, bem como por impactar nos procedimentos relacionados. Dessa forma, o problema da pesquisa reside no estudo dessa alteração legislativa específica, com vistas a analisar sua (in)constitucionalidade. Para tanto, o trabalho foi desenvolvido valendo-se do método de abordagem lógico-dedutivo, por meio de pesquisa teórica, bem como utilizando-se da técnica documental indireta (revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial). O artigo está estruturado em suas seções: a primeira apresenta, de forma breve, o novo tratamento dado às ações de improbidade administrativa e aborda o instituto do acordo de não persecução civil no âmbito de aplicação da Lei; a segunda analisa, sob dois pontos principais (ante às óticas do Ministério Público e da Corte de Contas), a (in)constitucionalidade do disposto legal em questão, incluindo a apreciação da ação direta de inconstitucionalidade n. 7236. Diante doutrina e jurisprudência analisadas, os elementos obtidos apontam no sentido da possível existência de inconstitucionalidade formal e material do art. 17-B, §3º, LIA, em razão da violação da independência e autonomia funcional do Ministério Público; bem como da afronta à autonomia e ao sistema de competências constitucionais do Tribunal de Contas.

**Palavras-chave:** Lei de improbidade Administrativa; acordo de não persecução civil; competência do Tribunal de Contas; autonomia funcional; ação direta de inconstitucionalidade n. 7236.

**ABSTRACT**

The Administrative Improbability Act (Law n. 8.429/92) has been changed by the Law n. 14.230/2021. One of the main changes was the introduction of the article 17-B, paragraph 3º, which determines the mandatory hearing of the competent Federal Court of Accounts for the purpose of calculating the value of the damage to be compensated in the civil non-prosecution agreement. However, this legislative change has been the target of criticism for dealing with issues related to the functional autonomy of the institutions involved, the creation of new attributions in law despite the constitutional rule about the exclusive competence of Federal Court of Accounts. Thus, the research problem resides in the study of this specific legislative alteration, with a view to analyzing its (un)constitutionality. Therefore, this paper was developed using the deductive method, through theoretical research, as well as using the indirect documentary technique (were analyzed national Legislation, the doctrine and jurisprudence positioning about the subject). The research is structured in two sections: the first approach the new treatment given to administrative improbity actions, studying the institute of the civil non-prosecution agreement; and the second analyses the unconstitutionality of the article 17-B, paragraph 3º, of the Administrative Improbability Act, based in the viewpoints of the two institutions involved. In view of the results obtained, the formal and material unconstitutionality of art. 17-B, §3, LIA, due to the violation of the independence and functional autonomy of the Brazilian Government Agency for Law Enforcement, as well as the affront to the autonomy and system of constitutional competences of the Federal Court of Accounts.

**Keywords:** Administrative Improbability Act; civil non-prosecution agreement; Federal Court of Accounts competence; functional autonomy; Direct Action of Unconstitutionality n. 7236.

**SUMÁRIO**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1. A “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL; 2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 17-B, §3º, LIA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

**CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Criada com o intuito de regulamentar o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal da República<sup>1</sup>, a Lei nº 8.429/1992 representa um marco no combate à corrupção e à improbidade no Brasil.

O arcabouço legislativo que se tinha sobre o tema, até então, se mostrava incompleto, insuficiente e lacunar e, do ponto de vista prático, raras e limitadas eram as iniciativas de combate da corrupção e improbidade, asseveram Mendes e Carneiro<sup>2</sup>.

1 CRFB, art. 37, §4º: “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível!”

2 HAGE, Jorge. Aos 30 anos da Lei de Improbidade, os avanços do Brasil no combate à corrupção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe (org.). **Nova lei de improbidade administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 16.

Com o advento da Lei de Improbidade Administrativa, surge “um importante mecanismo de proteção da moralidade pública, conferindo ao Estado a possibilidade de – para além do Direito Penal – punir atos de notável reprovabilidade”<sup>3</sup>.

A despeito dos avanços promovidos pela sua introdução no ordenamento jurídico, referida Lei passou a ser objeto de críticas por parte da doutrina, que, entre outros aspectos, questionava a ausência de definição de ato ímprobo e a adoção de tipos abertos, possibilitando interpretações subjetivas na aplicação de sanções.

Em razão disso, foi publicada a Lei n. 14.230/2021, que alterou diversos dispositivos da Lei de Improbidade. Entre as alterações promovidas destaca-se a possibilidade de celebração do acordo de não persecução civil, representando uma mudança de paradigma no que tange à solução consensual de conflitos afetos à matéria.

Não obstante, inúmeros questionamentos, inclusive quanto à (in) constitucionalidade de determinados dispositivos, estão sendo levados ao Supremo Tribunal Federal, a exemplo da regra insculpida no art. 17-B, §3º, LIA.

Isso porque o novo texto legal ao regulamentar o acordo de não persecução civil, determinou a oitiva obrigatória do Tribunal de Contas no que diz respeito ao dano, sua quantificação e parâmetros de cálculo. E, assim o fazendo, criou uma condição de procedibilidade para referido instrumento.

Desse modo, a legislação ordinária inovou na ordem jurídica, vinculando a atuação de dois órgãos constitucionalmente previstos, autônomos e independentes, que são o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

O artigo que ora se desenvolve busca justamente analisar se a nova condição de procedibilidade e essa “vinculação” dos órgãos citados se mostra constitucionalmente válida. Assim, o estudo objetiva verificar a (in)constitucionalidade do art. 17-B, §3º, LIA.

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida utilizando-se o método de abordagem lógico-dedutivo, em que a análise parte de aspectos gerais relacionais à lei de improbidade administrativa e às alterações advindas da Lei n. 14.230/2021, para então abordar o acordo de não persecução civil, a exigência de oitiva do Tribunal de Contas e sua análise.

Para desempenho do método adotado, a técnica de pesquisa escolhida foi a documental indireta, porquanto são utilizadas as revisões bibliográficas, legislativa e jurisprudencial.

O trabalho foi desenvolvido em dois tópicos principais.

O primeiro, diz respeito a aspectos introdutórios quanto a lei de improbidade administrativa e o “novo” tratamento, em razão das inovações legislativas promovidas em 2021, entre as quais, o instituto de não persecução civil, sua regulamentação,

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da Lei 8.429/1992. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe (org.). **Nova lei de improbidade administrativa: inspirações e desafios**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 40.

embasamento legal e constitucional, com especial atenção à condição de procedibilidade que é o objeto desse estudo.

O segundo tópico se dispõe a analisar a (in)constitucionalidade do art. 17-B, §3º, LIA, sob duas óticas principais. A primeira, do ponto de vista do Ministério Público e garantias de que dispõe; a segunda, sob o prisma do Tribunal de Contas, suas prerrogativas e competências constitucionais.

Por fim, ainda no segundo tópico, são feitas considerações em relação à Ação Direta de Constitucionalidade n. 7236 (petição inicial e decisão liminar), até o momento não julgada.

## 1. A “NOVA” LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

Uma das mais importantes inovações trazidas na Lei de Improbidade Administrativa, por meio da Lei n. 14.230/2021, é a possibilidade de solução consensual de conflitos, a exemplo da celebração de acordo de não persecução civil.

Inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/2019, o famoso “Pacote Anticrime”<sup>4</sup>, o acordo de não persecução civil consiste em mecanismo de autocomposição, com natureza de negócio jurídico bilateral, por meio do qual é possível que haja a transação entre o legitimado para proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa e o autor do fato ímprobo.

Na esfera da solução consensual de conflitos, sua utilização está pautada nos princípios constitucionais da celeridade, razoável duração do processo, efetividade, supremacia do interesse público, é dever do Estado<sup>5</sup>, cujos mecanismos devem ser estimulados por todos os sujeitos processuais (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público), necessitando da cooperação entre os envolvidos<sup>6</sup>.

Há, ainda, expressa previsão da solução consensual dos conflitos entre as normas fundamentais do Processo Civil<sup>7</sup>, que, como tais, permeiam todas as relações processuais civis, inclusive às decorrentes da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Almeja-se, com a sua utilização, evitar o excessivo ajuizamento de demandas judiciais, muitas vezes de longa duração e que encontram inúmeras dificuldades na obtenção de resultado satisfatório, notadamente no que diz respeito ao ressarcimento integral do dano.

Preenchidos os requisitos necessários, compete ao órgão ministerial (ou demais legitimados) a oferta do ANPC, que dependerá<sup>8</sup>: (a) da oitiva do ente federado lesado; (b) da

4 Vide art. 6º da Lei n. 13.964/2019 em sua redação original, antes do veto.

5 CPC, art. 3º, §2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

6 CPC, art. 3º, §3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

7 Vide Capítulo I, do Título Único, do Livro I da Parte Geral do Código de Processo Civil.

8 LIA, art. 17-B, §1º.

aprovação, no prazo de sessenta dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação de improbidade; (c) de homologação judicial. Tratam-se de requisitos cumulativos, sendo que a necessidade de oitiva do ente federado e da homologação judicial independem do momento de realização do ANPC, antes ou depois do ajuizamento da ação.

Além disso, são exigidos dois resultados cumulativos advindos do acordo de não persecução: o integral ressarcimento do dano e a sua reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida<sup>9</sup>.

No que toca ao ressarcimento integral do dano, previu-se no parágrafo terceiro do art. 17-B, LIA, a necessidade de que, para apuração do valor a ser ressarcido, seja realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, nos seguintes termos: “Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.”<sup>10</sup>

Destaca-se que não se trata de faculdade do Ministério Público ouvir ou não o Tribunal de Contas, uma vez que está expressamente previsto no texto legal que essa oitiva “deverá” ser realizada.

Cuida-se de uma dupla obrigação: tanto o Ministério Público *deverá* realizar a oitiva do Tribunal de Contas, quanto este *deverá* se manifestar, por interpretação literal do dispositivo em análise.

A doutrina tem entendido que se trata da criação de verdadeira condição específica de procedibilidade, ora entendida como uma condição específica e necessária para a realização do negócio jurídico do acordo de não persecução.

Na esteira desse entendimento, o Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face do dispositivo em comento, e de vários outros do mesmo diploma legal<sup>11</sup>.

Passa-se, então, à análise das razões pelas quais se defende a inconstitucionalidade do art. 17-B, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa.

## 2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 17-B, §3º, LIA

Ao determinar a obrigatória oitiva do Tribunal de Contas como condição de procedibilidade do acordo de não persecução civil, o parágrafo terceiro do art. 17-B da LIA se mostra inconstitucional sob dois aspectos principais.

Primeiro, em relação à atuação ministerial do *Parquet*. A existência do condicionamento da realização do negócio jurídico – que é o acordo de não

9 LIA, art. 17-B, incisos I e II.

10 LIA, art. 17-B, §3º.

11 A saber: art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art.10; art.1º, §8º; art.12, §1º; art.12, §10; art.17-B, §3º; art.21, §4º; art.23, caput e §4º, incisos II a V e §5º; art.23-C, caput; art.11, caput, incisos I e II; art.12, incisos I, II e III, e §§4º, 9º e 10, e parágrafo único do art.18-A; art.17, §§10-C, 10-D e inciso I do §10-F, da Lei Federal no 8.429/1992.

persecução civil – à oitiva de um outro órgão, ataca frontalmente a autonomia e a independência funcional de que goza o Ministério Público.

Passa-se a tratar de verdadeiro ato complexo<sup>12</sup>, descaracterizando-se, desse modo, o intuito do instituto que, como explicitado no tópico anterior, busca a celeridade, efetividade, razoável duração do processo e a obtenção do resultado útil do ressarcimento dos danos. Condicionando a realização do acordo à manifestação do Tribunal de Contas, muitas dessas características não mais se mostram facilmente obteníveis.

No segundo ponto, relativo às competências das Cortes de Contas, tem-se que a criação de nova atribuição, via legislação infraconstitucional, sem guardar relação com as competências constitucionalmente estatuídas, e, sobretudo, nos moldes como se deu, acaba por ferir a sua autonomia funcional, transformando a Corte de Contas em verdadeiro “órgão de assessoria” do Ministério Público.

Nos termos utilizados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público<sup>13</sup>, houve alteração do plexo das atribuições dos Tribunais de Contas, extravasando suas competências, o que resulta em violação frontal da Constituição.

Acresce-se a isso a ingerência em questões internas do Tribunal de Contas, condizentes com a regulamentação de seu próprio funcionamento, questão afeta à competência privativa do órgão.

São esses dois pontos explanados a seguir.

## 2.1. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos da Constituição<sup>14</sup>. O órgão goza de autonomia orgânico-administrativa, financeira e funcional<sup>15</sup>.

No que toca especificamente à autonomia funcional, salienta-se que “significa que os membros do Ministério Público têm liberdade para fazer seus pronunciamentos processuais e extraprocessuais com independência”<sup>16</sup>.

São princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, §1º, CRFB)<sup>17</sup>. Em relação a esse último, destaca-

12 “Atos complexos são aqueles cuja vontade final da Administração exige intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 283).

13 Na petição inicial da Ação Direta de Constitucionalidade n. 7236. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762860636&prclD=6475588#>. Acesso em: 2 maio 2023.

14 CRFB, art. 127, caput: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

15 CRFB, art. 127, §2º: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.”

16 MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. p. 2399.

17 CRFB, art. 127, §1º: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.”

se que os membros do Ministério Público são independentes no exercício de suas funções, o que não os deixa sujeitos a ordens de terceiros (nem mesmo de seus superiores hierárquicos<sup>18</sup>), podendo agir de maneira livre e independente no desempenho de suas competências.

Dessa maneira, “o princípio da independência funcional garante imunidade ao membro do Ministério Público contra pressões *externas* (dos agentes dos poderes do Estado e do poder econômico) e *internas* (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público)”<sup>19</sup>.

Conforme Flavio Martins<sup>20</sup>, “em diversas oportunidades, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) tem reforçado a importância do princípio da independência funcional ao rechaçar o controle da atividade-fim dos membros do Ministério Público.”

Na mesma linha, o princípio da independência funcional obsta até mesmo a atuação do próprio Conselho Nacional do Ministério Público na atividade-fim do agente ministerial<sup>21</sup>, consoante posicionamento adotado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Segurança<sup>22</sup>.

O art. 17-B, §1º, LIA, ao estabelecer a necessidade de oitiva do Tribunal de Contas sobre o valor do dano a ser ressarcido, criou uma condição de procedibilidade para a realização do acordo de não persecução civil. Dessa forma, a ausência de consulta à Corte de Contas por parte do Ministério Público resulta em nulidade do acordo<sup>23</sup>.

Tal inovação legislativa atinge as próprias garantias constitucionais do Ministério Público de autonomia funcional e de independência funcional de seus membros previstas no art. 127, §§ 1º e 2º, CRFB. Isso porque, a partir da alteração legal, o Ministério Público depende, para realização do acordo de não persecução civil, da manifestação do Tribunal de Contas.

Dessa forma, o órgão legitimado<sup>24</sup> para realização do acordo de não persecução civil (inclusive assim previsto no *caput* do art. 17-B, LIA), não mais pode livremente deliberar sobre a possibilidade de celebração do ANPC, de acordo com o caso concreto, sequer podendo aferir o valor do dano a ser ressarcido por conta própria.

18 MARTINS, Flávio. *Op. cit.*, p. 2401.

19 CAMBI, Eduardo. Princípio da independência funcional e planejamento estratégico do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul/set 2015. p. 53-90. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Eduardo\\_Cambi.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Eduardo_Cambi.pdf). Acesso em: 3 maio 2023.

20 MARTINS, Flávio. *Op. cit.*, p. 2401

21 SANT CLAIR DE NETO, Francisco. Tribunal de Contas e acordo de não persecução cível. **Consultor Jurídico**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-26/interesse-publico-dizer-decisao-monocratica-stf-adi-7236>. Acesso em: 6 maio 2023.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Acórdão MS 28028**. Ementa: mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público. Anulação de ato do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo em termo de ajustamento de conduta. Atividade-fim do Ministério Público estadual. Interferência na autonomia administrativa e na independência funcional do Conselho Superior do Ministério Público no Espírito Santo – CSMP/ES. Mandado de segurança concedido. Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-107, jun. 2013.

23 OSÓRIO, Fábio Medina. O novo conceito de sanção administrativa e o regime jurídico da improbidade administrativa. In: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. **Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 20.

24 No ponto, destaca-se não ser o intuito do trabalho aprofundar discussões sobre outros aspectos do acordo de não persecução civil. No entanto, sugere-se a leitura do acórdão da ADI 7042 em que se trata da vedação à exclusividade do Ministério Público para propositura da ação de improbidade administrativa e do acordo de não persecução civil, reconhecendo-se a legitimidade concorrente e disjuntiva entre a Fazenda Pública e o Ministério Público.

De fato, houve um condicionamento da atividade ministerial à oitiva do Tribunal de Contas. Essa previsão subordina a atuação do Ministério Público à atuação de outra instituição, em afronta às garantias constitucionais de que dispõe, e em violação à harmonia e independência entre os Poderes.

## 2.2. AUTONOMIA FUNCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS E COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

O Tribunal de Contas é órgão autônomo, independente, constitucionalmente previsto, cujas competências e regras de composição também se encontram previstas no texto constitucional.

Ao se manifestar sobre as Cortes de Contas, o Supremo Tribunal Federal asseverou, por diversas vezes, que estas, a exemplo dos tribunais judiciais, são detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira<sup>25</sup>.

As competências dos Tribunais de Contas foram alicerçadas nos artigos 70 a 74 da Carta Magna, sob a Seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Ainda que algumas leis específicas tragam em seu bojo atribuições conferidas às Cortes de Contas – tais como a Lei Complementar n. 101/2001<sup>26</sup> e a Lei Federal n. 8.666/1993<sup>27</sup> – estas decorrem diretamente dos preceitos constitucionais supramencionados.

Como órgão que possui a missão de auxiliar o parlamento no exercício do controle externo da administração pública, o Tribunal de Contas atua na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da administração direta e indireta<sup>28</sup>, assegurando a observância dos princípios que regem a administração no tocante ao gasto público.

Não há, nesse contexto, qualquer atribuição semelhante, ainda que de forma genérica, àquela trazida pelo legislador no 17-B, §3º da LIA.

Assim, o legislador ordinário inova no ordenamento jurídico, criando atribuição inédita às Cortes de Contas, qual seja, apuração do valor do ano a ser ressarcido para fins de celebração de acordo de não persecução civil, estabelecendo-se o prazo de noventa dias para manifestação, e impondo, inclusive, a indicação dos parâmetros utilizados para quantificação do valor do dano.

Normas infraconstitucionais podem prever novas atribuições a órgãos de contas, desde que “transitem dentro da moldura definida pela Constituição Federal, sob pena

25 Vide Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4418 e 4643.

26 LRF, art. 59, *caput*: “Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a: [...]§ 3o O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2o, 3o e 4o do art. 39.”

27 Lei de Licitações, art. 113, *caput*: “O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

28 CFRB, art. 70.

de se permitir alargamento de suas atribuições de modo absolutamente incoerente com a missão que lhes foi outorgada pelo Constituinte”<sup>29</sup>.

Ademais, cumpre aventar a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade formal da alteração legislativa em destaque.

Isso porque, ao estabelecer o prazo de 90 (noventa) dias para a manifestação do Tribunal de Contas, o legislador ordinário interfere no funcionamento interno do órgão, o que, além de interferir no desempenho das funções constitucionalmente estabelecidas, viola a competência privativa de que dispõe a Corte de Contas para proposição de alterações legislativas sobre o seu próprio funcionamento.

Trata-se da análise conjunta do disposto nos artigos 73, 75 e 96 da Constituição. Conforme disposto no art. 76, *caput*, CRFB: “O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.”.

Essas – também aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>30</sup> – dizem respeito à eleição de seus órgãos diretivos e elaboração de seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, “a”, CRFB) e a proposição, ao Poder Legislativo específico, da “alteração da organização e da divisão judiciárias” (art. 96, II, “d”, CRFB).

Nesse sentido, destaca-se:

Dessa maneira, projeto de lei que versa sobre organização, funcionamento, remuneração dos membros do Tribunal de Contas será de iniciativa reservada do próprio Tribunal de Contas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, *d*, da CF” (ADI 4.418-MC, rel. Min. Dias Toffoli).<sup>31</sup>

Na esteira do argumentado, há que se resgatar decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2019, declarou inconstitucional Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro que disciplinava a organização e o funcionamento do Tribunal de Contas Estadual, sob o argumento de que “os tribunais de contas, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e pelo Supremo Tribunal Federal, gozam das prerrogativas da

29 CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: as múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992. In: **Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 249.

30 CRFB, Art. 75, *caput*: “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

31 MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022. p. 2.194.

autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa privativa para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento” (*Informativo* n. 940, ADI 4643/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 15-5-2019).

Logo, questões afetas à competência, funcionamento e organização do Tribunal de Contas são matérias cuja iniciativa legislativa é de competência privativa do próprio Órgão, observando-se os limites constitucionais.

Vale ressaltar que tais modificações introduzidas pela norma em questão podem levar à consequência prática de comprometimento da capacidade operacional do órgão, “pois as novas atribuições previstas, ilegitimamente, em norma infraconstitucional, irão concorrer com as atribuições constitucionais no direcionamento dos limitados recursos materiais e humanos e, por certo, reduzirão a capacidade de o órgão cumpri-las de modo eficiente”<sup>32</sup>.

Além da alteração do plexo das competências constitucionais e o rebaixamento da Corte de Contas a “órgão auxiliar”, mediante atuação pericial, há ainda a ingerência em questões específicas quanto ao seu funcionamento, inclusive com a previsão de prazo para que exare sua manifestação.

Por fim, em que pese existam teses de que o intuito do legislador foi o de evitar o confronto entre os dois órgãos, bem como para que se evitem intermináveis discussões relativas ao *quantum* do dano, tais argumentos não merecem prosperar, tampouco se mostram suficientes para afastar as inconstitucionalidades aventadas.

Há que se rememorar a independência das esferas de responsabilização, bem como enfatizar que a doutrina tem se posicionado no sentido de que o Ministério Público não se encontra vinculado ao valor apresentado pelo Tribunal de Contas.

A manifestação do Tribunal de Contas nos moldes previstos na LIA, “não pode ser entendida como sinônimo de renúncia de suas atribuições constitucionais e invocada como instrumento de interdição de um futuro julgamento das contas do administrador público que tenha celebrado acordo de não persecução civil”<sup>33</sup>, existindo a possibilidade, inclusive, “de condenação ao pagamento de valor superior àquele que tenha sido indicado pelo Tribunal de Contas em sua resposta à oitiva”<sup>34</sup>.

No que toca ao fato de que em razão do art. 17-B, §3º, LIA, supostamente se evitaria discussão relativa ao valor do dano a ser ressarcido, não se vislumbra veracidade em tal argumento. Se a manifestação do Tribunal de Contas não é vinculante<sup>35</sup>e, muito menos definitiva, nada impede que tanto o autor do ato ímprobo quanto o próprio Ministério Público discordem dos valores. Assim, a oitiva da Corte de Contas não tem o condão de pacificar a questão.

32 CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: as múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992. In: **Inprobidade Administrativa e Tribunais de Contas**: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 249.

33 *Ibidem*, p. 240.

34 *Loc. cit.*

35 *Ibidem*, p. 239.

Ainda no que tange a esse ponto, mostra-se temerária a qualificação do Tribunal de Contas como “árbitro do *quantum debeatur*”<sup>36</sup>. Tal expressão (ou função) conduz à conclusão de que o órgão seria equivalente a um perito<sup>37</sup>, um órgão de assessoramento, o que, não corresponde à realidade do desenho constitucional do órgão.

Nesse tocante, importa destacar que o Ministério Público dispõe de serviços auxiliares de apoio técnico e administrativo suficientes para se desincumbir do encargo e, nada obsta, em situações em que se mostre necessário, que haja requisição de informações ou documentos às autoridades da Administração Pública Direta e Indireta<sup>38</sup>.

Se o ponto controvertido é a quantificação do dano e parâmetros a serem utilizados em seu cálculo, existem outras alternativas viáveis, assim como ocorre, por exemplo, nas ações judiciais. Por exemplo, a utilização de um perito, indicação de assistentes técnicos e possibilidade de apresentação de quesitos e impugnação, conforme o caso requerer.

### 2.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 7236

Por meio das ações diretas de inconstitucionalidade n. 7042 e 7043, julgadas parcialmente procedentes<sup>39</sup>, houve o questionamento acerca da constitucionalidade de diversos artigos da Lei n. 14.230/2021.

Destaca-se, sucintamente, ponto relevante em relação ao acordo de não persecução civil: no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal foi restabelecida a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

Além disso, atualmente existem em trâmite outras duas ações diretas de inconstitucionalidade cuja finalidade é obter o reconhecimento da inconstitucionalidade de outros dispositivos da Lei n. 14.230/2021, a saber, ADI's 7236 e 7237<sup>40</sup>, ambas de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

36 FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução civil e ressarcimento ao erário na Lei de Improbidade Administrativa: o Tribunal de Contas como árbitro do *quantum debeatur*. In: **Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas**: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 179-188.

37 SAINT CLAIR DE NETO, Francisco. Ministério Público e Tribunais de Contas: Alterações da Lei de Improbidade Administrativa. **Jusbrasil**. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/ministerio-publico-e-tribunais-de-contas/1735603288>. Acesso em: 6 maio 2023.

38 CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: as múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992. In: **Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas**: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 245.

39 Para saber mais: O Supremo Tribunal Federal, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados nas ações, declarou: (a) a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do caput e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica; (c) a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (c.1) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (c.2) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021.

40 Proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) objetiva que sejam declarados inconstitucionais (a) o art. 2º da Lei n. 14.230/21, no ponto em que alterou ou revogou o art. 11, caput, incisos I e II; (b) o art. 16, §§ 3º e 10; (c) o art. 17-C, §2º;

A primeira ação, que contempla o objeto de estudos deste trabalho científico, é de autoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Por meio dela, busca-se a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, entre os quais, o art. 17-B, §3º.

Na petição inicial de referida ação foram elencados os pressupostos constitucionais gerais e específicos para a impugnação.

Quanto ao primeiro – pressuposto geral –, foi elencado o “direito fundamental do povo ao governo honesto”, com esteio nos princípios constitucionais implícitos e explícitos: princípio republicano (art. 1º)<sup>41</sup>; princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III)<sup>42</sup> e princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*)<sup>43</sup>.

Já em relação aos pressupostos específicos, foram apresentados o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (art. 5º, §1º, CRFB<sup>44</sup>) e os princípios implícitos da vedação ao retrocesso e da vedação da proteção deficiente.

No que diz respeito especificamente à alegada inconstitucionalidade do parágrafo terceiro do art. 17-B, de forma sucinta, os argumentos basilares foram aqueles tratados nos tópicos anteriores (2.1 e 2.2), podendo ser resumidos na quebra da autonomia do Ministério Público e da independência funcional de seus membros; na violação à autonomia do Tribunal de Contas e na alteração, por lei ordinária, do modelo constitucional do Tribunal de Contas.

O pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal e, em caso de não acolhimento do pleito, subsidiariamente se requer a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto<sup>45</sup>.

Neste caso, busca-se a aplicação da técnica de interpretação a fim de que sejam aplicados contornos interpretativos segundo os quais não haveria qualquer obrigação ou vinculação do Ministério Público à oitiva do Tribunal de Contas. Em verdade, a partir de tal interpretação, a regra insculpida no art. 17-B, §3º passaria a ser uma faculdade do Ministério Público, quando (e se) entendesse cabível ou necessário.

No ponto, há que se ressaltar que a interpretação dada, conquanto aparentemente possa sanar os vícios relativos à interferência na autonomia e independência do Ministério Público, não é suficiente para afastar a

(d) o art. 21, §4º; e (e) o art. 23, §§ 2º, 3º, 4º, incisos II, III, IV, V, §§5º e 8º, todos da Lei n. 8.429/92.

41 CRFB, Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

42 CRFB, Art. 1º, inciso III: “[...] a dignidade da pessoa humana;”

43 CRFB, Art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

44 CRFB, Art. 5º, §1º: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

45 Nos moldes indicados por Ingo Wolfgang Sarlet, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, “reconhece-se a inconstitucionalidade da norma na situação alegada, admitindo-se a sua aplicabilidade em outras situações”. Ou seja, revela-se a ilegitimidade da aplicação da norma na situação proposta, ressaltando sua aplicabilidade em outras situações. Assim, há distinção entre a interpretação conforme (em que se exclui a interpretação proposta e impõe-se outra, conforme a Constituição – o que está no âmbito de interpretação) e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto (em que não se discute a interpretação, mas sim a aplicação da norma), em que se nega a interpretação da norma em determinada situação, ressaltando-a para outras. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.307).

inconstitucionalidade relativa à violação da autonomia do Tribunal de Contas, tampouco no que toca a inconstitucionalidade formal de invasão de competência privativa da Corte de Contas no funcionamento e regulamentação internos.

Pelo Ministro relator foi proferida decisão monocrática concedendo a medida liminar pretendida, com o fim de suspender a eficácia do parágrafo terceiro.

Em sua decisão, o relator anotou que a norma trazida no disposto legal em análise “aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, transmudando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial.”<sup>46</sup>

Em análise sumária, esse desrespeito à plena autonomia do Ministério Público consiste em inconstitucionalidade, ante à violação da independência funcional consagrada nos artigos 127 e 128 da Constituição Federal.

Destacou-se, ainda, que além da existência de inúmeras outras incertezas (tais como a (não) vinculatividade do cálculo realizado e procedimentos para a oitiva do Tribunal de Contas), a própria fixação de prazo para a manifestação, via lei ordinária de autoria parlamentar, “afeta o gozo das prerrogativas de autonomia e de autogoverno das Cortes de Contas”<sup>47</sup>.

Até o momento de elaboração do presente artigo não houve julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade n. 7236 a qual, com fulcro em todo o fundamentado até aqui, espera-se que seja julgada de forma procedente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações na Lei de Improbidade Administrativa têm sido constantemente questionadas, inclusive no que toca à sua constitucionalidade.

Conforme abordado ao longo da pesquisa, são várias as ações diretas de inconstitucionalidade propostas, algumas, inclusive, julgadas parcialmente procedentes.

No que diz respeito especificamente ao art. 17-B, §3º, da LIA, com base nas razões já expostas, foi possível identificar a sua inconstitucionalidade calcada em três argumentos principais: a violação dos princípios institucionais do Ministério Público; afronta à autonomia do Tribunal de Contas; e, por fim, inobservância das competências constitucionais deste último órgão.

O estabelecimento da oitiva obrigatória do Tribunal de Contas configura a criação de uma condição de procedibilidade e torna o acordo de não persecução penal um ato complexo.

46 Vide decisão monocrática proferida na ADI n. 7236.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **ADI 7236**. Relator: Alexandre de Moraes, DJe-1, jan. 2023.

O condicionamento da realização do acordo às necessárias oitiva (dever do Ministério Público de realizar a oitiva) e manifestação (dever do Tribunal de Contas de se manifestar) das Cortes de Contas limita a atuação do *Parquet*, em nítida violação a sua autonomia e independência funcionais.

A criação, via lei ordinária, de nova competência do Tribunal de Contas em descompasso com aquelas constitucionalmente estabelecidas, afronta a Constituição e a autonomia funcional do órgão.

De igual forma, ao prever a nova competência, inclusive com indicação de prazo para a manifestação, a legislação infraconstitucional padece de vício formal, posto que cabe ao Tribunal de Contas, em razão de competência privativa, a regulamentação do seu funcionamento e organização.

Nessa esteira, acertados os argumentos utilizados na ação direta de inconstitucionalidade n. 7236 para defender a inconstitucionalidade da norma em análise.

Por outro lado, não merece prosperar o pedido subsidiário formulado na ação em questão, uma vez que caso se torne facultativa (ao Ministério Público) a oitiva do Tribunal de Contas, embora aparentemente esteja sanado o vício relativo à violação da autonomia e independência funcionais do *Parquet*, ainda assim subsistem as demais inconstitucionalidades apontadas.

Diante de todo o exposto, atingiu-se o objetivo do presente trabalho, porquanto, a partir da análise detalhada da legislação, doutrina e jurisprudência, foi possível chegar à conclusão relativa à inconstitucionalidade do art. 17-B, §3º, LIA.

Ressalta-se, por fim, que a questão analisada é complexa e não há unanimidade entre os operadores do Direito. Assim, frisa-se a necessidade de continuidade das pesquisas concernentes ao tema, a fim de que haja amadurecimento e aperfeiçoamento dos estudos e debates sobre a questão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm/). Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Senado, 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília: Senado, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Senado, 1193. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Senado, 2002. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Senado, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6). Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Senado, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1). Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Acórdão MS 28028**. Ementa: mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público. Anulação de ato do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo em termo de ajustamento de conduta. Atividade-fim do Ministério Público estadual. Interferência na autonomia administrativa e na independência funcional do Conselho Superior do Ministério Público no Espírito Santo – CSMP/ES. Mandado de segurança concedido. Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-107, jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **ADI 7236**. Relator: Alexandre de Moraes, DJe-1, jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **ADI 7237**. Relator: Alexandre de Moraes, DJe-1, jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4418**. Relator: Dias Toffoli, DJe-040, mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4643**. Relator: Luiz Fux, DJe-234, nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 7042**. Relator: Alexandre de Moraes, DJe-s/n, fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 7043**. Relator: Alexandre de Moraes, DJe-s/n, fev. 2023.

CAMBI, Eduardo. Princípio da independência funcional e planejamento estratégico do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul/set 2015. p. 53-90. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Eduardo\\_Cambi.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Eduardo_Cambi.pdf). Acesso em: 3 maio 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: as múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei n. 8.429/1992. *In: Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021*. Belo Horizonte. Fórum. 2022.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022.

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução cível e ressarcimento ao erário na Lei de Improbidade Administrativa: o Tribunal de Contas como árbitro do *quantum debeatur*. *In: Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021*. Belo Horizonte. Fórum. 2022.

HAGE, Jorge. Aos 30 anos da Lei de Improbidade, os avanços do Brasil no combate à corrupção. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe (org.). Nova lei de improbidade administrativa: inspirações e desafios*. São Paulo: Almedina, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal e Improbidade Administrativa: perspectivas sobre a reforma da Lei 8.429/1992. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe (org.). Nova lei de improbidade administrativa: inspirações e desafios*. São Paulo: Almedina, 2022.

MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (coord). A lei de improbidade administrativa reformada: inovações, impactos e provas produzidas nos Tribunais de Contas como meio de instrumentalização de inquéritos civis e ações de improbidade. *In: Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021*. Belo Horizonte. Fórum. 2022. p. 157-177.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 05 maio 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. O novo conceito de sanção administrativa e o regime jurídico da improbidade administrativa. *In: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas: as inovações trazidas pela lei nº 14.230/2021*. Belo Horizonte. Fórum. 2022.

SAINT CLAIR DE NETO, Francisco. Ministério Público e Tribunais de Contas: Alterações da Lei de Improbidade Administrativa. **Jusbrasil**. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/ministerio-publico-e-tribunais-de-contas/1735603288>. Acesso em: 6 maio 2023.

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

artigos  
científicos

## PATENTES FARMACÊUTICAS DE MEDICAMENTOS NOS PAÍSES DO TERCEIRO MUNDO: UMA LEITURA A VOLTA DA COVID-19

### *PHARMACEUTICAL PATENTS OF DRUGS IN THIRD WORLD COUNTRIES: A READING AROUND COVID-19*

Jeremias Arone Donane<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – Brasil, Graduado em Direito pela Universidade Zambeze – Moçambique, Graduado em ensino de Francês com habilitações literárias ao ensino de Inglês pela Universidade Pedagógica – Moçambique, Advogado – Estagiário e Membro da Ordem dos Advogados de Moçambique. [jeremiasrone90@gmail.com](mailto:jeremiasrone90@gmail.com)

Recebido/Received: 12.05.2023/ May 12th, 2023.  
Aprovado/Approved: 18.08.2023/ August 18th, 2023.

#### RESUMO

As fórmulas farmacêuticas estão sujeitas a patentes, compreendidas como registro da invenção por parte do criador para que este tenha prerrogativa de tutela estatal. A proibição e reprodução de cópias indevidas por parte de terceiros visa restaurar a integridade da pesquisa e proporcionar o desenvolvimento. Entretanto, os países do terceiro mundo precisam lidar diariamente com os problemas de escassez de medicamentos e precarização dos serviços públicos, diante disso, a patente de medicamento coloca o problema de as invenções tecnológicas estarem sujeitas à liberdade de interpretação de todos os Estados-Membros da OMC. Os Estados membros de países desenvolvidos têm uma interpretação reforçada das medidas do acordo TRIPS, priorizando seus interesses comerciais em detrimento dos interesses de saúde pública, o que restringe os direitos dos usuários de medicamentos patenteados. Portanto, os países pobres fazem uma interpretação restritiva das disposições do acordo TRIPS. Limitam o campo da patenteabilidade de medicamentos, quando não transpõem de forma insuficiente as disposições do acordo TRIPS para seus acordos regionais.

**Palavras-chave:** Patentes, medicamentos, países do terceiro mundo.

#### ABSTRACT

Pharmaceutical formulas are subject to patents, understood as registration of the invention by the creator so that he has the prerogative of state guardianship. The prohibition and reproduction of undue copies by third parties aims to restore the integrity of the research and provide development. However, third world countries need to deal daily with the problems of drug shortages and the precariousness of public services. WTO. Member States of developed countries have a reinforced interpretation of the TRIPS agreement measures, prioritizing their commercial interests to the detriment of public health interests, which restricts the rights of users of patented medicines. Therefore, poor countries make a restrictive interpretation of

the provisions of the TRIPS agreement. They limit the field of drug patentability, when they do not insufficiently transpose the provisions of the TRIPS agreement into their regional agreements.

**Keywords:** Patents, medicines, third world countries.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (DPI) E PATENTES: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO; 2. ACESSO A MEDICAMENTOS EM PAÍSES POBRES: LICENÇAS COMPULSÓRIAS E UM PARADOXO IMINENTE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas assistimos uma corrida desenfreada no restabelecimento de marcos regulatórios nacionais e internacionais sobre matérias relativas à propriedade intelectual em face da COVID-19. Porém, este grande fluxo de ajustes e reajustes, visava peremptoriamente, proteger os direitos individuais e coletivos ou de uma comunidade de cientistas que se sentiam ameaçados ou prejudicados em seus direitos. Entretanto, o ponto fixo dessas nuances são geradas pela autocompreensão da função social manifestada em patentes, cuja tradução deriva de um instrumento jurídico, econômico e político, pertinente para o estímulo à ciência e pesquisa científica.

O acordo TRIPS, que entrará em vigor em 1994, é a personificação mais completa da nova organização do comércio internacional e sua relação com a proteção da tecnologia. O princípio desse acordo propõe estabelecer padrões mínimos de proteção para invenções patenteadas. Diante disso, a generalização da proteção de invenções tecnológicas por propriedade intelectual foi um novo marco estabelecido, visando resguardar e integrar produtos de saúde pública ou a repressão da concorrência desleal no campo do comércio internacional.

As explicações que fornecem as bases para o estabelecimento de medidas patentárias a fórmulas farmacêuticas (medicamentos), advém de abusos praticados pelas entidades estatais e privadas. Hoje, pode-se dizer que fruto destas distorções, estabeleceram-se normas mínimas de proteção das invenções tecnológicas que estão sujeitas à liberdade de interpretação de todos os Estados-Membros da OMC. Sendo assim, considerando o tema proposto, uma primeira variável que devemos analisar, diz respeito à suposta hegemonia que se conservava em relação aos países economicamente desenvolvidos em detrimento dos países em via de desenvolvimento.

Destarte, como se sabe, para o desenvolvimento de fórmulas farmacêuticas exige-se rigorosamente meios financeiros e tecnológicos, que muitas vezes, os países em via de desenvolvimento não dispõem de tal capacidade. Em face disso, desde a implementação do TRIPS, grandes questionamentos em torno da disponibilidade

de medicamentos aos países pobres foram colocados, principalmente diante da heterogeneidade imposta pelas ricas empresas farmacêuticas dos países desenvolvidos. Contudo, subjaz que os Estados membros de países desenvolvidos têm uma interpretação reforçada do acordo TRIPS que prioriza, inelutavelmente, seus interesses comerciais em detrimento dos interesses de saúde pública, o que restringe de certo modo os direitos dos usuários de medicamentos patenteados.

Os países pobres fazem uma interpretação restritiva das disposições do acordo TRIPS, limitando o campo da patenteabilidade de medicamentos, quando não transpõem de forma insuficiente as disposições do acordo TRIPS para seus acordos regionais. Portanto, como recurso metodológico, o artigo desenvolve um percurso calcado em pesquisas bibliográficas sobre a temática. O objetivo desta investigação é de refletir sobre patentes de medicamentos nos países pobres, especialmente dada a conjuntura imposta pela COVID-19. Contudo, impõe-se compreender que as patentes condicionam o incentivo a países pobres, principalmente quando resulta na comercialização de medicamentos hiper lucrativos, em detrimento dos urgentes necessários a tratar diversas patologias da população.

## 1. DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (DPI) E PATENTES: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

O regime internacional de propriedade intelectual é um direito perpétuo<sup>1</sup> e seguramente extraído do TRIPS<sup>2</sup> - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio ou ainda na língua inglesa, (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), assinado em 1994 no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Este instrumento jurídico indispensável na constelação do direito intelectual, veio reforçar a necessidade de os Estados respeitarem o registro das invenções, e, certamente, através dele, várias parafernalias jurídicas nacionais foram se construindo em harmonia às regras nele estabelecidas (RIBEIRO DE ALMEIDA, 2004, p. 45-46). Muito anterior a esse período, foi fundada em 1967, a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual - com sede em Genebra-Suíça. No âmbito estatutário, tinha como pressuposto a promoção e a proteção da propriedade intelectual bem como a cooperação entre os Estados. Dentre outras várias funções prementes, a OMPI também assegurava a cooperação administrativa, com incidência aos sindicatos de propriedade intelectual, sindicatos esses concebidos pelas Convenções de Paris e Berna e dos demais tratados subsidiários complementares concluídos pelos membros da União de Paris.

Nesse contexto, é importante destacar que a OMPI na esfera de propriedade intelectual propugna a oferta de serviços relevantes aos países em desenvolvimento.

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5.P. 172.

2 Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Período iniciado entre as décadas de 1980 e 1990, marcado pela celebração do Acordo TRIPS no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), emergindo um novo paradigma de proteção internacional da PI, o qual será tratado mais adiante (cfr. BECERRA RAMÍREZ, 2004, p. 29-45).

Dentre várias atividades desenvolvidas pela entidade acima mencionada, incluem-se seminários de assistência especializada e treinamento para governos e organizações do setor público e privado, abrangendo a negociação e celebração de acordos sobre licenciamento de propriedade intelectual e gestão de propriedade intelectual onde tais acordos têm impacto sobre o meio ambiente.

Por conseguinte, as atividades mencionadas também dizem respeito a relatórios de pesquisa sobre o estado da tecnologia em diversas áreas técnicas. Todavia, os referidos relatórios têm seus embasamentos nas informações publicadas nos documentos de patente e são fornecidos gratuitamente.

No período anterior ao estabelecimento de um sistema de proteção dos direitos de propriedade intelectual, qualquer tipo de criação estava desprovida de um controle, muito embora esse pensamento possa ser descaracterizado pelos fenômenos históricos, que dão conta do seu surgimento antiquado<sup>3</sup>. No entanto, a inovação era caracterizada como um fenômeno de pouca relevância, pelo que era pertencente a todos. Assim sendo, em seus circuitos de funcionamento não havia proteção legal, daí a sua vulnerabilidade de cópias por terceiros. Foi, portanto, resultado destes eventos de desapropriação descontrolada que advém a ideia de uma criação de um instituto capaz de proteger os direitos do autor da invenção.

O referido instituto consagra normas jurídicas internacionais, ao que também buscou concentrar as suas múltiplas sinergias a questões farmacêuticas dos países desenvolvidos, em torno das réplicas contraproducentes de medicamentos e possível falta de responsabilização civil ou criminal por parte dos agentes que falseiam indevidamente produtos de uma invenção primária. Como nas palavras da Eichler (2010)<sup>4</sup>.

Um novo desafio que agora encaramos em monitorização de longo prazo é como diferenciar os sinais verdadeiros dos falsos. A tarefa aqui é evitar reações exageradas a sinais falsos e à restrição ou, no pior cenário, a retirada de um medicamento. Nosso papel básico é proteger a saúde pública. É uma faca de dois gumes: de um lado, deveríamos proteger o público de medicamentos inseguros e ineficazes; de outro, deveríamos também proteger os pacientes de doenças não tratáveis ou não tratadas. Isso se traduz em um mandato para apoiar o desenvolvimento e levar medicamentos úteis ao mercado (Interview with Dr Hans-Georg Eichler, Senior Medical Officer of the European Medicines Agency in Healthcare).

Entretanto, também é característico notar que a lei de patentes tem sido tradicionalmente organizada quase exclusivamente ao nível doméstico. Sendo que cada país era livre para decidir, de acordo com seus interesses nacionais, se e como desejava

3 O reconhecimento legal do inventor e do autor passa pela antiguidade cristã e pela Idade Média, enquanto a possibilidade aparece para mais de uma pessoa ser o proprietário, sob vários usos, da mesma coisa. A propriedade é assim considerada como um uso e esta reflexão inaugura. A Idade Média, no entanto, prescreveu anonimato para criadores: o progresso feito em Roma sobre o estatuto do autor não será assumido e, como com os gregos, apresenta-se como o retransmissão de uma vontade divina, "o autor é, portanto, acima de tudo aquele que transmite".

4 Interview with Dr Hans-Georg Eichler, Senior Medical Officer of the European Medicines Agency in Healthcare by C. Martin, August, (2011). Recuperado de <http://www.research-europe.com/index.php/2011/08/dr-hans-georg-eichler-seniormedical-officer-for-the-european-medicines-agency/>.

proteger as patentes. Uma outra realidade não adversa à reflexão anterior, resulta no fato de o acordo TRIPS estabelecer um mecanismo legal importantíssimo, pelo qual uma obrigação geral para os estados contratantes fornecer no âmbito de seu sistema jurídico ordinário procedimentos justos e rápidos para a aplicação dos direitos de propriedade intelectual em caso de violação de direitos inerentes a esse domínio. Outrossim, o padrão normativo internacional veio reforçar a ideia segundo a qual, assegurar a disponibilidade de medicamentos diz respeito à proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006):

“O esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ética capaz de restaurar a lógica do razoável.”(PIOVESAN, 2006).

Insistimos que a ideia de proteção de invenção vertida no projeto de constituição de uma norma de grande rede de incidência, decorre do mecanismo de invenção, que segundo (CERQUEIRA, 1982, p. 221)<sup>5</sup>: a invenção caracteriza-se como uma criação intelectual, como resultado de atividade inventiva do espírito humano, pelo modo de sua realização. Nessa linha, parece ser pacífico a pretensão de privilegiar a externalização do pensamento (bens intangíveis, protegidos por um direito exclusivo de exploração), um direito inalienável e imprescritível, cujo fim social seja um substrato inquestionável à coletividade, sendo o seu caráter prático e útil, que comporte um elemento novo e que, no entanto, implique uma atividade inventiva, e com particularidade fundante de desenvolvimento nacional.

A proteção destes direitos imateriais é feita mediante uma concessão de monopólio temporário pelo Estado ao autor ou inventor. Em se tratando de patentes de invenções, este prazo é de vinte anos. Dá-se a garantia que para uso da obra ou invenção, por exemplo, deverá ser feito mediante autorização, garantindo a devida retribuição de modo que os custos sejam recompensados, estimulando, em um último momento, o constante investimento em inovação. Além disso, ao revelar a tecnologia utilizada no invento, o Estado permitiria aos concorrentes aperfeiçoar a inovação diminuindo, em tese, o tempo necessário para desenvolvimento de outro produto (VARELLA e MARINHO, 2005, p. 137).

Percorrido este longo caminho histórico-doutrinário, torna-se mais evidente esclarecer que a propriedade intelectual, enquanto propriedade de natureza jurídica orgânica, compreende a propriedade literária e artística, cuja designação corrente são os direitos autorais e os Direitos de Propriedade Industrial. Nesse sentido, é importante destacar que o primeiro, ou seja, Direitos Autorais descreve os direitos dos criadores que incidem sobre obras literárias e artísticas. Contudo, essas obras incluem as literárias, músicas, criações publicitárias, desenhos técnicos, cinematografia e escultóricas, mapas geográficos. Conforme (JUNGMANN; BONETT, 2010) os Direitos Autorais dizem respeito:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas

5 GAMA CERQUEIRA, João da; “Tratado da Propriedade Industrial”, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1982, vol. I, p. 222.

executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Entretanto, nessa narrativa, não se pode perder de vista o fato histórico que contextualiza o surgimento das patentes, aqui compreendido como fundamento do Direito de Propriedade Industrial, que incide sobre monopólios temporários de exploração em benefício de invenções técnicas por meio da concessão de patentes –, criações ornamentais – por meio do registro de desenhos – e de sinais distintivos – através do registro de marcas. As patentes tem a sua gênese na República de Veneza<sup>6</sup>-Itália em 1574. A ideia que reside sobre o seu conceito traduz-se:

Num privilégio temporário que o Estado concede a uma pessoa física ou jurídica pela criação de algo novo, com aplicação industrial, suscetível de beneficiar a sociedade. Para o titular, o privilégio consiste no direito exclusivo de exploração do objeto da patente, durante certo período de tempo, tendo em vista proporcionar-lhe a oportunidade de ressarcimento dos dispêndios em pesquisa e desenvolvimento e dos custos de aplicação industrial de sua inovação (FURTADO, 1996, p. 41).

Verifica-se, no entanto, que a Propriedade Industrial com a criação das patentes, a função social, tornou-se mais pragmática no que diz a difusão do conhecimento tecnológico. Todavia, a Propriedade Industrial (PI), possibilitou evitar inúmeros abusos anteriormente praticados sobre o *Quid* inventado, pelo que as parafernalias jurídicas nacionais e internacionais vieram a concretizar e mitigar os efeitos adversos das invenções. Quanto a esse entendimento, diz (PIPIA, 2012, p.324 ) que:

O direito do inventor não se pode confundir com o direito sobre o produto, que é o meio material sobre o qual se concretiza a invenção ou a descoberta: o direito do inventor tem por objeto a ideia inventiva. Constitui-se, porém, sempre em um direito de propriedade porquanto 'sui generis' sobre coisas imateriais: a sua característica essencial está no direito de impedir que outros reproduzam a invenção e a descoberta, porque é a reprodução e o aproveitamento do produto imaterial que constitui o conteúdo da propriedade.

Partindo dessas premissas teóricas, o georreferenciamento aos direitos autorais diz respeito ao fato jurídico de criação, o que, posteriormente, ganha o *status ou* características de direito de propriedade incidindo sobre os bens imateriais de que o autor é exclusivo titular, ao que a proteção destes direitos imateriais é feita mediante uma concessão de monopólio temporário pelo Estado ao autor ou inventor. Diante desse quadro teórico, o que se observa é que os direitos autorais tiveram a sua

<sup>6</sup> As patentes, nos moldes em que as conhecemos atualmente, são uma instituição que nasceu em 1574, na República de Veneza. No entanto, a lógica e a racionalidade que embasaram o reconhecimento de direitos de propriedade intelectual só começaram a ser explicitadas, como justificativa, no século XIX, num momento de ampla adoção e contestação desses direitos. Desse ponto de vista, pode-se também considerar que o sistema simplesmente "surgiu" como evolução de uma instituição feudal e do período mercantilista (os monopólios comerciais), porém, com desdobramentos que provocaram forte impacto na vida econômica e social, a ponto de desarticular a lógica de funcionamento da economia feudal (CARVALHO, 2005, p. 9).

concepção com o pretexto de proteger a criação literária e artística. Por conseguinte, ocorre que, sobre esta seara reside, uma abertura ao flanco económico dos direitos autorais, orientado para a proteção de investimentos.

O direito de usar, ou seja, a faculdade do titular de servir-se do objeto; o direito de gozar, entendido como a possibilidade de percepção dos frutos gerados pelo objeto do direito; o direito de dispor, ou seja, o poder de alienar, doar, vender, consumir, isto é, dispor livremente do objeto do direito (PEREIRA, 2006, p. 83).

Em conformidade com o exposto, acreditamos ser tarefa primordial esclarecer que a teoria econômica que aqui decorre, diz respeito à apropriação de lucro pelo sujeito que realiza o ato de exploração, onde a obra literária ou outra, está nesta prefiguração singrada ao contrato de exploração. Quando organiza a distribuição dos usos de sua obra, o autor que deseja confiar ao operador o controle máximo e exclusivo sobre o direito do uso da obra, pode constituir direitos reais sobre sua obra.

## 2. AS PATENTES FARMACÊUTICAS DE MEDICAMENTOS E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM PAÍSES POBRES

As patentes, de modo geral, servem de estímulo à pesquisa, dada a vertente de proteção que está intrinsecamente ligada ao *Quid* gestado. Ora, por tratar-se de uma área sensível, como o direito fundamental à saúde, que vincula o interesse público e emergência nacional, impõe-se maior cautela na anatomia política das diretrizes que devem ser tomadas. Em face dessa peculiaridade, os pressupostos tomam devidas ponderações, no que diz respeito à constelação entre o tempo previamente estabelecido e a questão da saúde pública.

O direito à saúde é fundamental, sendo que é exclusiva responsabilidade constitucional do Estado em muitos países africanos garantir o cumprimento escrupuloso desse direito aos seus cidadãos. Dada a escassez de medicamentos prioritários, pelas razões acima expostas, constitui um grande desafio na garantia plena da efetivação do direito à saúde, pelo que o acesso aos tribunais é muitas vezes desconhecido, com vista ao restabelecimento do direito violado, os cidadãos ficam entregues à sua sorte.

A idéia de justiciabilidade do direito à saúde aponta diretamente para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor de quem titule este direito, seja no sentido de exigir respeito e não-interferência (prestação defensiva), seja no que concerne a demandas por proteção e fornecimento de bens (pretensões de caráter prestacional). Cuida-se, portanto, da investigação acerca dos limites e das possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, ou seja, eficaz é assegurado, ainda que pelo recurso da via judicial.”

Outrossim, devemos sublinhar imediatamente este paradoxo, de difícil compreensão para os estados leigos do continente, segundo o qual uma lei o mínimo

existencial<sup>7</sup> do direito fundamental à saúde reputa-se indispensável, pelo que, deve indiscutivelmente ser efetivado na inteireza, sendo para devidos efeitos direitos de aplicabilidade imediata:

“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (SILVA, 2000, p. 203-204)

Partindo deste gancho específico, a dicção do artigo 31 do Acordo TRIPS, conceitua a licença compulsória<sup>8</sup>, como sendo uma autorização governamental que permite a exploração por terceiros de um produto ou processo patenteado sem o consentimento do titular da patente.

Outrossim, as patentes farmacêuticas são emitidas, como todas outras, por um período de 20 anos, sendo para devidos efeitos cruciais o pagamento de anuidades. Na mesma direção, destaca-se que os produtos farmacêuticos cuja finalidade recai sobre a comercialização, estão escrupulosamente sujeitas a uma autorização para tal efeito. Assim sendo, ocorre a possibilidade de redução do prazo para 5 anos<sup>9</sup>. Todavia, a flexibilização desse diploma legal, embora tenha beneficiado em grande medida a propriedade intelectual, a condição para o progresso terapêutico é questionável, tendo em conta a existência do mito da flexibilidade patentária que exclui países pobres.

Por conseguinte, a condição *sine qua non* para obtenção da licença compulsória resulta da situação de emergência sanitária, sendo no entanto um imbróglio de tamanha dimensão para os países pobres que vivem diariamente com a escassez de medicamentos e recursos financeiros para fazer face o exercício do direito à saúde. Tal pressuposto, permite-nos pensar com preocupação numa estrutura de fornecimento regular de medicamentos. De maneira independente da questão da valorização econômica que perpassa este debate, note-se que como antes referimos, a patenteabilidade dos produtos farmacêuticos, pela sua importância econômica, era um dos pontos chave do TRIPS, provocando um efeito similar na maioria dos países em desenvolvimento, como o México (BECERRA RAMÍREZ, s.d., p. 71-79).

Sobre a coexistência de múltiplos sistemas na busca de patentes farmacêuticas, reside um dicionário de sentidos, manifestos nas próprias desigualdades inerentes

7 Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. (TORRES, 2008).

8 “A licença compulsória é concebida como uma resposta excepcional e em último recurso quando o sistema de mercado e interação comercial não permite alcançar um resultado viável”. 81 Busca a harmonia entre o interesse público e o interesse privado, considerando-se o princípio da proporcionalidade. O interesse privado será resguardado através de uma compensação remuneratória ao titular da patente e do estabelecimento de prazo para a validade da licença. ( RODRIGUEZ, 2015, p. 186).

9 A fim de evitar determinados prejuízos decorrentes do tempo, o legislador estabeleceu a possibilidade do alargamento do prazo de patentes por até cinco anos, através do Certificado Complementar de Proteção (art. 13 do Regulamento 469/2009).

a qualquer convivência social. Tem-se notadamente, marcado na órbita desta corrida, potências cujo poder e a capacidade protetiva acabam negligenciando o acesso aos países em desenvolvimento. A capacidade de investigação e autoprodução de medicamentos ao nível interno desses Estados, direcionam a mais alta capacidade de proteção de invenções farmacêuticas, com irradiação desse patenteamento aos países pobres. Sendo que, os “países menos desenvolvidos” e os que demonstrem incapacidade de produzir os medicamentos necessários podem recorrer à “importação paralela”, ou seja, à importação de medicamentos abrangidos pela licença compulsória. A reflexão aqui, não subsiste qualquer tentativa de libertar-se da robustez econômica de cada país, antes pelo contrário, anuncia o reforço ao cumprimento escrupuloso das normas patentes na Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Ora bem, o direito de patente é, no entanto, o direito de propriedade que tem a sua embrião nas disposições de acordos internacionais e nas leis internas de cada estado, entretanto, esta panóplia de normas não impede necessariamente, que não haja o abuso do direito à patente, fator causado principalmente pela sociedade digital que os países se encontram. Por conseguinte, esses abusos recorrentes mexem inelutavelmente com o coração das finalidades impostas para o uso das patentes e, por consequência, restringe o paradigma do direito e da liberdade de concorrência.

O postulado do direito das patentes tornam-se atributos pragmáticos na comunidade social, além de que, a atribuição desse direito aos seus titulares em face do interesse público, mediante contrapartida econômica. O seu uso não significa um mero ponto opaco, pressupõe a luz de várias normatividade o direito do uso racional, pelo que, o uso anormal de uma patente incorre responsabilização civil ou criminal, por parte de quem violar. Uma outra visão, *contrario sensu* do que mencionamos, reside no fato de estabelecer-se uma proteção cristalina a partir da leitura do nº 1, alínea b, do artigo 28º, ao qual destina-se a impedir que um terceiro utilize, oferecendo a venda, venda ou importação para estes fins, pelo menos o produto obtido diretamente por este processo sem a autorização do proprietário da patente.

O n. 1, alínea a, do artigo 28.o do Acordo TRIPS prevê que, no caso de uma patente sobre um produto, a proteção seja constituída para evitar que um terceiro produza, utilize, ofereça para venda, venda ou importação para estes fins este produto sem a autorização do proprietário da patente estará sujeita a responsabilização. A proteção oferecida aqui é muito ampla porque diz respeito ao produzir-se, independentemente do seu método de fabrico.

### 3. **ACESSO A MEDICAMENTOS EM PAÍSES POBRES: LICENÇAS COMPULSÓRIAS E UM PARADOXO IMINENTE**

Retomando-se os fundamentos sobre o acesso aos medicamentos em países em vias de desenvolvimento, a sua concepção social constitui uma grande preocupação

dos governos do continente. Para além, portanto, do mero debate jurídico, introduz uma descrição de atualização social a cada instante marcada pelas providências terapêuticas a serem desenvolvidas dentro de um quadro de escassez.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) na sua disposição número 1 da Declaração de Alma Ata de 12 setembro 1978, a saúde, é um estado de bem-estar físico e psicológico, mental e social e não consiste somente na ausência da doença ou de enfermidade, sendo um direito fundamental do ser humano, e acesso à saúde é um dos mais elevados objetivos sociais extremamente importante que interessa o mundo inteiro e supõe no entanto, a participação de inúmeros sectores económicos. Contudo, é fundamental fazer notar aqui, no que respeita ao acesso a medicamentos, jazem primados da democracia, que mediante as suas políticas ideológicas internas e externas, possibilitam sem desprimor pôr em prática o exercício da democracia e da dignidade da pessoa humana patente nas constituições internas de cada Estado.

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos económicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século (COMPARATO, 2007, p. 192-193).

Aliás, vale pontuar que o continente Africano é até hoje descrito como precário, do ponto de vista de oferta do sistema de saúde, onde a configuração do mercado nacional de medicamentos é extremamente dependente das grandes empresas farmacêuticas dos países desenvolvidos, tendo falta de laboratórios capacitados tecnicamente para responder determinadas pesquisas científicas, falta de recursos humanos especializados, etc. No entanto, cumpre salientar que a integração de referenciais no fornecimento de fármacos tem sido um grande obstáculo a esses países, como foi o caso da COVID-19.

Os interesses na proteção da população interna quebraram toda panaceia da estrutura disciplinadora, ficando assim difícil o fornecimento de fórmulas farmacêuticas descobertas. Entretanto, a lógica protecionista mais uma vez foi chamada a proteger as indústrias nacionais desses países desenvolvidos em detrimento dos em vias de desenvolvimento, pelo que, o acesso de medicamentos é dependente da distribuição da riqueza. Ademais, é indubitável repensar que a questão da pobreza está intrinsecamente ligada à escassez. Nos termos do disposto do artigo 31 dos acordos TRIPS, uma licença compulsória pode ser concedida por uma autoridade administrativa ou por um órgão de administração de justiça

formal (tribunal), na medida em que, o que demanda não tenha obtido uma licença voluntária e, que no entanto, seja paga uma remuneração correspondente ao titular da patente. Outrossim, a licença em causa, pode ser utilizada dentro do país, desde que haja capacidade de produção ou, para países que não a possuam, concedida ao terceiro externo que ofereça os preços mais atractivos, sendo a produção então reimportada.

A dicção do artigo 31 do mesmo diploma legal, estabelece que qualquer uso de licença compulsória será autorizado, principalmente para o abastecimento do mercado interno, traz em si um aparente paradoxo, no que diz respeito aos países pobres. Ademais, levando em consideração as questões acima arroladas, o mundo, especificamente os países desenvolvidos deixaram de transferir tecnologias para a reprodução das vacinas da COVID-19 nos países africanos, ou seja, a pandemia de coronavírus deixou a descoberto a maior prevalência dos interesses internos dos Estados em relação aos países pobres. Tornar acessível a reprodução interna da vacina de coronavírus às suas populações dos países em vias de desenvolvimento seria uma forma de combater conjuntamente um problema global, tendo em conta que os problemas globais são dialógicos numa cultura digital.

A atualidade está intimamente ligada à ideia de interatividade, de interconexão, de inter-relação entre homens, informações e imagens dos mais variados gêneros. Essa interconexão diversa e crescente é devida, sobretudo, à enorme expansão das tecnologias digitais na última década. Com o forte crescimento da oferta e consumo de produtos ditos de última geração, já não se pode mais falar do futuro que bate às nossas portas, mas simplesmente de alguns novos hábitos disseminados entre milhões de pessoas por todo o mundo. (COSTA, 2002, p. 9).

Parte do paradoxo reside no relativismo que a própria lei estabelece, ora vejamos, de acordo com TRIPS, qualquer Estado pode, em situação de emergência pública, emitir licenças compulsórias que autorizem a produção local de genéricos e recorrer a importações paralelas. Porém, essa flexibilidade não está claramente definida e as condições para a intervenção do governo permanecem obscuras. Entretanto, esse mecanismo legal até certo ponto pode ser a autonegação que gera hipertrofia nos países pobres.

Neste sentido, conforme a dicção, qualquer país tem que ser capaz de provar a emergência sanitária e, sobretudo, só pode ser para uso local. Isso significa que países que não possuem indústria farmacêutica não podem usar esse mecanismo de licenciamento compulsório". O excerto em causa traz uma grande suspensão de juízo de qualquer intérprete em virtude do que se tenta potencializar com a disposição. Ora, os países em vias de desenvolvimento lidam todos os dias com sérios problemas de saúde. Além de que, o acesso a medicamentos para todos os pacientes é uma questão que envolve diversos atores e organizações.

Os mecanismos de exceção ao direito de patentes previstos no Acordo TRIPS visam facilitar o acesso das populações dos países em desenvolvimento aos

medicamentos. Exceções à lei de patentes são regidas pelo Artigo 30 do Acordo TRIPS, que afirma que “os Membros podem estabelecer exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que não infrinjam injustificadamente a exploração normal da patente nem prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do titular da patente, tendo em conta os interesses legítimos de todos”.

Os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União, no que se refere à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 1883, art. 2).

Em particular no que diz respeito aos produtos farmacêuticos, o artigo 8.º, n.º 1, do Acordo TRIPS estipula que, em nome da saúde pública, os medicamentos podem estar sujeitos às exceções previstas no artigo 30.º. Ao relembra essas exceções, a Declaração de Doha de 2001 tem como princípio fundamental que o Acordo TRIPS “pode e deve ser interpretado e implementado de forma a apoiar o direito dos Membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, promover o acesso a medicamentos para todos”. A Declaração confirma o direito dos membros da OMC de usar as flexibilidades do Acordo, como licenciamento compulsório e importações paralelas.

Ora, a relevância que se atribui a patente é indispensável, conforme muito arrolamos retro, por conseguinte, a ausência desse dispositivo imprescindível pressupõe enormes custos a esfera de que deveria por circunstâncias jurídicas possuí-la:

Sem a patente, o inventor fica indefeso contra a exploração indevida. Admitamos que concorrentes copiem uma invenção e a lancem no mercado – isso se denomina contrafação. É certo que os contrafatores irão adquirir parte da clientela destinada ao inventor, que além desse prejuízo, é forçado pela concorrência a baixar o preço de seu produto. A simples cópia do resultado final da invenção, sem dispêndios com a sua pesquisa, o seu desenvolvimento, construção de protótipos etc., permite aos copiadores desonestos a venda do produto a preços bem inferiores aos do autêntico inventor. A patente confere um monopólio temporário de exploração ao seu titular. Possibilita que este intervenha na justiça, com objetivo de paralisar a contrafação e, eventualmente, de reaver possíveis prejuízos contra terceiros que sem consentimento estejam, por qualquer meio, explorando a sua invenção.<sup>10</sup>

Vale lembrar que o Acordo TRIPS não aborda expressamente sobre os países que não detém auto-capacidade de fabricação própria e, portanto, não podem utilizar o sistema de licenças compulsórias por conta própria. De fato, o Artigo 31(f) do Acordo

10 DI BLASI, Gabriel. GARCIA, Mario Soerensen. MENDES, Paulo Parente M. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.30.

TRIPS estabelece que os produtos produzidos sob licenças compulsórias devem ser utilizados principalmente para o abastecimento do mercado interno.

Ora, conforme antes deveríamos ter elencado, os requisitos caracterizadores da propriedade industrial, incidem sobre o dever de cumprir uma função social, ao que legislador infraconstitucional estabeleceu as situações que se justifica a intervenção do Estado na esfera da propriedade particular do indivíduo para licenciar compulsoriamente a patente de invenção. São elas: (a) o exercício dos direitos conferidos pela patente de forma abusiva; (b) o abuso do poder econômico por meio da patente; (c) a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto; (d) a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; (e) a comercialização insatisfatória, que não atende as necessidades do mercado; e, por último, (f) nos casos de emergência nacional ou interesse público.

O direito sobre as patentes também como qualquer outro direito está sujeito a exceções, aqui compreendido como possíveis limites. Por conseguinte, a primeira exceção encontra-se no n.º 2 do artigo 27.º. Visa proteger a ordem pública deixando toda a flexibilidade para os Estados excluir da patenteabilidade qualquer invenção cuja exploração comercial representaria uma ameaça para o ambiente, a moralidade, ou para a saúde de pessoas e animais. O titular da patente pode livremente dispor da sua exclusividade. O n.º 2 do artigo 28.º do Acordo prevê o efeito que o titular do direito tem o direito de atribuir, ou de transmitir por sucessão, a patente e a celebração de contratos de licenciamento (denominações de licenças voluntárias). Ele pode, portanto, vender a sua patente ou conceder a terceiro o direito de explorar, total ou parcialmente, a sua invenção em consideração pela remuneração. Estes são, na maioria das vezes, royalties proporcionais à exploração.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal consequência da aplicação do sistema legal de patentes aos medicamentos é sem dúvida, ter dificultado o acesso dos países pobres aos medicamentos. Isso deve-se principalmente ao aumento significativo dos preços.

Deve ser sublinhado que, ao mesmo tempo, título que qualquer empresa comercial, grupos farmacêuticos perseguem em primeiro lugar uma lógica econômica, muitas vezes descartando qualquer valor ético, mas indispensáveis atividades relacionadas com a saúde. Além disso, o mecanismo de patentes acentua esta observação porque preserva estas empresas de toda a concorrência durante os 20 anos de exclusividade. Isto permite-lhes definir a forma discricionária do preço de fármacos para as quais detêm a patente. Como foi visto acima, a evolução das questões econômicas e sociais pelo mundo todo, possibilita com que as empresas adotem estratégias adversas em função das metamorfoses contemporâneas.

Apesar dessa diversidade, podemos aferir que algumas tendências relativamente comuns às empresas ocidentais na incansável busca pelo lucro. Essas diferentes linhas de desenvolvimento estratégico têm a característica de combinar respostas estritamente econômicas e adaptações às pressões da sociedade. Há que admitir que a nova concepção social dos medicamentos tem sido muito mais sustentável nos países pobres. Trata-se de um processo de racionalidade lógica, pelo que estes Estados aplicam o sistema de patentes à investigação farmacêutica quando este foi suficientemente desenvolvido. Por seu lado, não experimentam o mesmo boom industrial e de saúde.

Além disso, uma vez que estes Estados são frequentemente mais afetados por pandemias e diversas situações epidemiológicas, dada as condições sanitárias precárias, estão naturalmente mais dependentes do acesso a medicamentos dos países desenvolvidos, em face da evolução tecnológica existente. Outrossim, a grande maioria dos países pobres não aderiram ao sistema de patentes no domínio dos produtos farmacêuticos até ao final da década de 1980. Isto é explicado, em particular, pelo receio de abuso de posições de monopólio por parte das empresas farmacêuticas (restrição do fornecimento ou imposição de preços de monopólio). Esta lógica protecionista destina-se a proteger o bom desenvolvimento das indústrias nacionais desses Estados.

Entretanto, o protecionismo de que nos referimos peremptoriamente, também diz respeito a tentativa de aumentar as barreiras tarifárias ou não tarifárias (como o não reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual) a fim de desenvolver uma indústria farmacêutica com base na aprendizagem através da cópia, o que tem gerado inúmeras convulsões sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Sérgio Medeiros Paulino de. Texto para discussão nº 1140 - **Política de propriedade intelectual no Brasil: intervenções nos campos de saúde e de sementes**. Brasília: IPEA, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007

COSTA, R. **A cultura digital**. São Paulo: Publifolha, 2002.

DI BLASI, Gabriel. GARCIA, Mario Soerensen. MENDES, Paulo Parente M. **A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro: comentários à nova legislação sobre marcas e patentes**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

GAMA CERQUEIRA, João da; **“Tratado da Propriedade Industrial”**, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1982, vol. I, p. 222.

JUNGMANN, Diana de Mello; BONETT, Esther Aquemi. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário**. Brasília: IEL, 2010. Disponível em: . Acesso em: 28 de julho de 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO DE ALMEIDA, A. F. **Os princípios estruturantes do acordo TRIP's: um contributo para a liberalização do comércio mundial.** Boletim de Ciências Económicas, v. XLVII, p. 1-106, 20.

RODRIGO, Juliana; **Patentes farmacéuticas y aplicación privada del derecho europeo de la competencia;** Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2015.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular.** Malheiros Editores: São Paulo, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.** IN SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. **A Propriedade Intelectual na OMC.** Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v.2, n.2, p. 136-153, jul./dez. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salso. **Direito Civil: direitos reais.** 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. V. 5.P. 172.

## O PAPEL DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA NA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A POSSIBILIDADE DE CONSENSUALIDADE POR MEIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC)

### *THE ROLE OF THE MERIDA CONVENTION IN THE MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE LAW REFORM AND THE POSSIBILITY OF CONSENSUALITY THROUGH THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT (CNPA)*

artigos  
científicos

Érika Karine Santos<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, com área de concentração em Constituição e Garantia de Direitos, Linha III - Direito Internacional e Concretização de Direitos, pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Processo Civil, pela Faculdade Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada - OAB/RN. ORCID ID <https://orcid.org/0009-0006-7494-118X>. [erikadireitoufrn@hotmail.com](mailto:erikadireitoufrn@hotmail.com)

Recebido/Received: 26.05.2023/ May 26th, 2023.  
Aprovado/Approved: 08.08.2023/ August 8th, 2023.

#### RESUMO

O presente trabalho aborda o papel da Convenção de Mérida frente à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), no tocante à recente admissão da consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC). Para tanto, foi realizada minuciosa pesquisa bibliográfica, aliada à apreciação das legislações interna e internacional. Após análise, observou-se que o art. 37, §3º, do referido instrumento jurídico internacional, trouxe o fundamento legal necessário à incorporação de novas medidas jurídicas pela Nova Lei nº 14.230/21, como é o caso do ANPC. Ademais, restou evidenciado que a adoção da consensualidade, no âmbito da LIA, trouxe um reforço ao combate à corrupção, ofertando subsídios a órgãos de fiscalização, como o Ministério Público, com vistas à consagração da efetividade da tutela da probidade.

**Palavras-chave:** Corrupção; Lei de Improbidade Administrativa (LIA); Consensualidade; Interesse Público; Convenção de Mérida.

#### ABSTRACT

This paper addresses the role of the Mérida Convention concerning the Misconduct in Public Office Law Reform regarding the recent acceptance of consensus within the scope of administrative misconduct through the Civil Non-Persecution Agreement (CNPA). To achieve this, a thorough bibliographic research was conducted, along with an examination of domestic and international legislations. Upon analysis, it was observed that Article 37, paragraph 3 of the mentioned international legal instrument, provided the necessary legal basis for the incorporation of new legal measures by the New Law nº 14.230/21, such as the CNPA. Furthermore, it was evident that the adoption of consensus within the Misconduct in Public Office Law Reform reinforced the fight against corruption, offering support oversight bodies, such as the Public Prosecutor's Office, aiming to ensure the effectiveness of probity protection.

**Keywords:** Corruption; Misconduct in the Public Office Law (LIA); Consensuality; Public interest; Merida Convention.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A LEI FEDERAL Nº 8.429/92 E A SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; 2. A MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO À CONSENSUALIDADE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; 3. A CONVENÇÃO DE MÉRIDA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC), A PARTIR DA SUPRESSÃO DO ART. 17, §1º, PELA LEI Nº 14.230/21, E INCLUSÃO DO SEU ART. 17-B; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Do latim *'corruptio'*, o vocábulo corrupção constitui, em essência, o efeito ou o processo de deteriorar algo. Sua aplicação é semeada em diversas áreas do conhecimento, entretanto, sua mais atraente acepção está relacionada ao estudo dos comportamentos que afetam as relações em sociedade.

Uma análise detida da história aponta que a corrupção sempre importou em um fenômeno de relevância social, que faz parte da trajetória humana desde tempos longínquos, com elementos comprobatórios encontrados ainda na Antiguidade, na Bíblia Sagrada, nos manuscritos romanos e em leis asiáticas, que trouxeram inovações aos padrões sancionatórios pretéritos<sup>2</sup>.

Somente após as Idades Média e Moderna, é que sua trajetória alçou nova relevância. Seu significado deixou de representar apenas uma visão particularizada dos atos dos sujeitos em sociedade e passou, cada vez mais, a atingir as bases da estrutura burocrática Estatal, como uma ramificação advinda da expansão de seus fundamentos legítimos de liberdade e desigualdade.

Assim, com a redução gradativa de alguns controles estatais, somada a outros fatores como a internacionalização das movimentações financeiras e comerciais, a conversão de blocos de países ao regime capitalista, a disseminação da cultura de maximização do lucro, à massificação das informações e comunicações, surgiu um novo mundo favorável à complexidade e à propagação da corrupção<sup>3</sup>.

Então, nos últimos trinta anos, surge a necessidade de resolução de importantes problemas mundiais, em especial a *corrupção*, que afetam o erário, direitos sociais e o desenvolvimento das Nações. São necessários novos processos jurídicos, políticos e culturais, além da cooperação efetiva das camadas sociais, principalmente, do setor público, para maximizar os esforços e obter bons resultados.

Desse ímpeto, surgiu uma forte aliança entre os Estados participantes da Organização das Nações Unidas (ONU), que decidiram pela relativa mitigação de suas soberanias, para obtenção de acordos e retornos coletivos que resultassem na elaboração de instrumentos de normatização internacionais, e que efetivamente contribuíssem para a erradicação da corrupção, a qual já atingiu o nível transnacional.

1 CIBERDÚVIDAS DA LÍNGUA PORTUGUESA. **A origem da palavra corrupção**. 2007. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-origem-da-palavra-corrupcao/21753#>. Acesso em: 12 maio 2023.

2 VIEIRA, Judivan J. **Perspectiva Histórica da Corrupção**: Livro I. Brasília: Thesaurus, 2014.

3 ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **Corrupção na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

Um dos mais importantes instrumentos desenvolvidos nesse contexto foi a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (CNUCC), também denominada *Convenção de Mérida*, assinada pelo Brasil, que resultou, por conseguinte, na aprovação, pelo Congresso Nacional, do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, promulgado pelo Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006<sup>4</sup>.

Tal instrumento internacional é marco basilar na luta eficiente contra a corrupção, defendendo a criminalização de atividades corruptas; a adoção de medidas preventivas; a promoção da integridade nos setores públicos e privados; e a cooperação entre países, com vistas à erradicação de atos corruptos. Além disso, estabelece, de forma inovadora, mecanismos legais para o repatriamento de bens e recursos obtidos em razão de condutas corruptas e remetidos a outros pontos do mundo.

No âmbito interno, algumas cartas políticas nacionais já estabeleciam proibições de determinadas condutas ou práticas que violassem seus princípios basilares, como foi o caso da Constituição Federal brasileira de 1988 que, em seu artigo 37, § 4<sup>o</sup>, trouxe o *fundamento de combate ao ato de improbidade administrativa*, revelando, assim, uma tendência mundial à positivação da tutela da probidade nos ordenamentos jurídicos pátrios.

A improbidade administrativa, pela definição de Barboza<sup>6</sup>, seria a caracterização genérica atribuída pela Lei n. 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa (LIA) - a determinadas condutas praticadas por agentes públicos e, também, por particulares que nelas tomem parte, consoante especificação presente em seus arts. 9<sup>o</sup>, 10 e 11.

De fato, tal defesa interna é fruto de um cenário nacional marcado por episódios robustos de corrupção, especialmente a partir do ano de 2005, quando foram descobertos grandes esquemas pela inteligência federal brasileira, os quais foram levados à mídia, para maior conhecimento da população, a exemplo do escândalo do Mensalão<sup>7</sup>, no qual Roberto Jefferson, deputado federal e então presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) delatou toda uma formação ilícita de compra de votos dos congressistas. A estrutura corrupta, que ficou conhecida como “Mensalão” – em alusão ao termo “mensalidade” –, explodiu durante o governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva, resultou em um grande descrédito na classe política brasileira e abalou profundamente a reputação do Brasil frente à opinião pública internacional.

Como consequência do citado escândalo do mensalão, e a eclosão de outros incidentes similares, o Brasil, de acordo com o Índice de Percepção da Corrupção<sup>8</sup>,

4 BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, 1 dez. 2006. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=5687&ano=2006&ato=e56kXVE50MRpWTc3f>. Acesso em: 3 dez. 2022.

5 Art. 37. § 4<sup>o</sup> - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (g.n.)

6 BARBOZA, Márcia Noll. **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa**: incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992. 2. ed. rev. atual. Brasília: ESMPU, 2013, p. 15.

**Márcia Noll Barboza** é Procuradora da República na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Valladolid – Espanha.

7 MENSALÃO: cronologia do caso. **Memória Globo**, 30 nov. 2021. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/mensalao-cronologia-do-caso.ghtml>. Acesso em: 4 dez. 2022.

8 O **Índice de Percepção da Corrupção** é o principal indicador de corrupção do mundo. Produzido pela Transparência Internacional

elaborado pela entidade não governamental *Transparência Internacional*<sup>9</sup>, passou a ocupar apenas a posição 96 (noventa e seis), com nota 38 (trinta e oito), no ranking global, em razão, principalmente, de irregularidades nas esferas pública e corporativa.

No entanto, no Brasil, há tempos, já vigorava a *Lei nº 8.429/92*<sup>10</sup>, denominada de *Lei de Improbidade Administrativa (LIA)*, destinada a coibir atos ilegais ou contrários aos princípios básicos da Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*<sup>11</sup>, da CF/88, a qual falhava em tutelar a probidade por carecer de um arcabouço normativo realmente eficaz.

Ocorre que, após a internalização da Convenção de Mérida, o Estado brasileiro, voluntariamente, assumiu um compromisso com a adoção de medidas mais eficazes, para além do que a LIA permitia e, assim, teve que promover adequações em sua estrutura legal de proteção da probidade.

Dessa forma, o escopo deste trabalho é determinar em que medida os fundamentos teóricos e jurídicos da supramencionada Convenção internacional embasaram mudanças no ordenamento jurídico interno, dando respaldo à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), com a Nova Lei nº 14.230<sup>12</sup>/21, mais especificamente a alteração de seu artigo 17, §1º e a inclusão do artigo 17-B, que passou a admitir a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, por meio do acordo de não persecução cível (ANPC).

Para tanto, cabe esclarecer que este trabalho se valeu de ampla pesquisa bibliográfica, incluindo o levantamento de bases teóricas e doutrinárias, a partir de materiais de autores de referência, bem como da análise da legislação constitucional e infraconstitucional, o que propiciou um aprofundamento do debate.

## 1. A LEI FEDERAL Nº 8.429/92 E A SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, conforme leciona Costa<sup>13</sup>, a noção de improbidade administrativa, como um delito disciplinar, só estava

---

desde 1995, ele avalia 180 países e territórios e os atribui notas em uma escala entre 0 e 100. O índice é a referência mais utilizada no planeta por tomadores de decisão dos setores público e privado para avaliação de riscos e planejamento de suas ações.

(TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. Índice de percepção da corrupção 2022. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 1 dez. 2022).

9 A **Transparência Internacional** é uma instituição não-governamental, presente em mais de 100 países, que lidera a luta contra a corrupção no mundo. Realiza a compreensão da corrupção por uma perspectiva comparada, tendo, assim, referências para avaliar a real gravidade de diferentes situações e, principalmente, identificar soluções que possam ser transferidas entre países com contextos distintos, mas que enfrentam problemas, muitas vezes, similares. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. **Sobre a TI**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/sobre-a-ti/>. Acesso em: 21 maio 2023).

10 BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm#ementa](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm#ementa). Acesso em: 03 dez. 2022.

11 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

12 BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, 26 out. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em: 03 dez. 2022.

13 COSTA, José Armando da. **Contornos jurídicos da improbidade administrativa**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 315 p.

presente na legislação celetista, em seu art. 482, alínea “a”<sup>14</sup>, o que demonstra uma preocupação relativamente tardia do Estado Brasileiro com a problemática.

Em sequência, a Carta Magna brasileira de 1946, de forma ainda contida, abriu margem à disciplina legal da improbidade administrativa, porém apenas no campo civil. Posteriormente, no ano de 1957, houve a regulamentação do Texto Constitucional pertinente à matéria, com o advento da promulgação da Lei nº 3.164/1957, e, no ano subsequente, foi editada a Lei nº 3.502/1958, que tratou do enriquecimento ilícito. No entanto, não havia ainda a noção de um sistema geral de combate à corrupção, ou de tutela da probidade, mas apenas leis esparsas, que não forneciam ferramentas articuladas para tal propósito.

A Carta Política de 1988, por sua vez, inovou ao dispor de maneira incisiva sobre as punições que deveriam ser aplicadas àqueles que cometessem atos ímprobos – a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível – consoante prescrição de seu já citado art. 37, §4º.

Nessa tendência, foi aprovada, apenas quatro anos depois, a Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Curiosamente, a lei foi editada durante o governo do presidente Fernando Collor de Mello, o qual foi o primeiro presidente a ser condenado por crime de responsabilidade em dezembro do mesmo ano<sup>15</sup>.

Um ponto extremamente relevante é que a referida lei, objeto do presente estudo, trouxe, em sua versão original, uma vedação expressa, em seu art. 17, §1º<sup>16</sup>, a quaisquer tipos de acordo, transação ou conciliação nas ações em que tratassem de casos de improbidade administrativa, revelando uma forte tendência ao direito sancionador, em oposição à consensualidade.

A fundamentação para essa imposição legislativa estava pautada, de forma primordial, em dois aspectos: na indisponibilidade da ação por parte do Ministério Público e demais legitimados, que não poderiam deixar de propor a ação civil pública correspondente para tais casos, bem como na ideia de que o ressarcimento dos danos causados à Administração Pública era uma questão de interesse público e, portanto, não se sujeitava a qualquer tipo de transação<sup>17</sup>.

14 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

(BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, DE 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 9 ago. 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 2 dez. 2022).

15 BRASIL. Câmara dos Deputados. **20 anos do impeachment do Collor**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/20-anos-do-impeachment>. Acesso em: 2 dez. 2022.

16 Art. 17 A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

17 Raniere Rocha Lins: “Por muito tempo, a utilização da consensualidade no âmbito da Administração Pública teria sido obstaculizada pela noção enraizada do significado de interesse público, o qual seria indisponível por natureza. Em razão dessa característica, o interesse público não estaria à livre disposição do Poder Público, por apropriável, cabendo-lhe tão somente geri-lo, conservá-lo e por ele velar em prol da coletividade, esta sim verdadeira titular e destinatária da finalidade pública adstrita à atividade administrativa a (apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44).

Quanto ao fundamento da indisponibilidade da ação civil pública como instrumento de combate aos atos de improbidade administrativa, esta não mais se sustenta em face da nova sistemática legal e processual advinda do ordenamento jurídico brasileiro nos últimos tempos.

Constata-se, na prática, que o Ministério Público, para combater judicialmente os casos de improbidade administrativa, ajuíza a ação civil pública competente, por determinação legal, porém, não obtém uma resposta rápida e eficiente, em razão de o Judiciário brasileiro estar sobrecarregado por ações, e sem estrutura apropriada para a solução do caso.

Com o fim de identificar os entraves à aplicação efetiva da LIA para que, com os dados empíricos colhidos, fosse possível realizar o diagnóstico e propor soluções, o Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup> coletou dados de 132 (cento e trinta e dois) processos, com trânsito em julgado das respectivas sentenças, que tratavam de atos de improbidade administrativa. A pesquisa avaliou apenas o recorte temporal 2010-2013, em Tribunais situados nas cinco regiões do país – a saber: STJ, TRF4, TJMT, TJRN, TJSP, TJPA<sup>19</sup>.

Da análise dos resultados da pesquisa mencionada, é possível aferir, com relação à legitimidade ativa por Tribunal, a confirmação de que mais de setenta por cento das ações de improbidade administrativa foram iniciadas pelo Ministério Público. Ademais, é evidente o prolongamento temporal na tramitação dos processos, que teve como motivos, na maior parte dos casos, a existência de defesa preliminar burocrática e a necessidade de mais de uma notificação/citação, pelo número elevado de réus, impedindo a celeridade processual.

18 A pesquisa foi realizada considerando a investigação em duas dimensões. Foram feitos levantamentos de dados teóricos, análises do sistema legal aplicável e investigação empírica: a) sistematização dos dados que seriam colhidos; b) sua validação pela equipe de pesquisadores, com a anuência do CNJ; c) verificação dos questionamentos que seriam realizados e sua vinculação com os objetivos da pesquisa. Na primeira dimensão, foi feita a elaboração do Perfil das Ações de Improbidade no país com base no Cadastro Nacional de Improbidade fornecido pelo CNJ. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa quantitativa para indicar os resultados quantitativos dos processos por estado. Ressalta-se que esta base contém dados de processos findos desde 1995. Nesta etapa da pesquisa, todos os dados constantes no cadastro foram analisados de forma quantitativa. Para fins de pesquisa foram considerados somente os dados referentes a processos compreendidos entre 2010 e 2013, de ações transitadas em julgado e fornecidos por cada tribunal. A opção pelo corte temporal teve como justificativa a necessidade de uma estabilização das decisões judiciais nos processos pesquisados, evitando distorções com ações cujos resultados poderiam ser modificados no futuro. Na segunda dimensão foi definido que a pesquisa para a coleta de dados seria realizada junto aos seguintes tribunais: Superior Tribunal de Justiça (STJ) (ações originárias e amostra de Recursos Especiais), Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), sendo que o recorte temporal limitou a coleta de dados das ações com transitado em julgado entre os anos de 2010 e 2013, na forma já explicitada. Na pesquisa realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal não foi localizada ação de improbidade administrativa que tenha tramitado originariamente e que atenda ao limite temporal apontado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Lei de Improbidade Administrativa Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: CNJ, 2015. p. 12. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022).

19 A escolha dos tribunais e capitais indicadas ocorreu a partir de critérios referentes ao perfil de atuação qualitativa e quantitativa, envolvendo tribunais e comarcas. Assim sendo, são indicadas as respectivas justificativas: Com relação ao TJSP, o fato essencial foi a quantidade de processos em tramitação nesta Unidade da Federação, havendo assim a possibilidade de obtenção de uma amostra mais significativa. Outro ponto que mereceu destaque foi a quantidade de Câmara de Direito Público, produzindo assim uma quantidade de decisões sem a necessária uniformização, tudo a justificar uma análise mais detalhada; O estado do Mato Grosso possui uma das únicas varas especializadas no julgamento de Ações Populares e Ações de Improbidade, com um Tribunal de Justiça de tamanho reduzido, o que tornou relevante os dados que foram coletados para fins estatísticos. Já o estado do Rio Grande do Norte pode ser considerado um Ente da federação que melhor representa o Nordeste brasileiro, o que destacou a sua relevância para a obtenção de amostras estatísticas. Sendo um estado de médio porte, com menor população e menor número de varas da Fazenda Pública, possibilitou um estudo de realidade oposta às anteriores. O estado do Pará possui diversas comarcas, com um volume de processos que torna justificável a sua escolha como representante do Norte do país. Por fim, a pesquisa não seria completa sem a análise das decisões da Justiça Federal, tendo-se optado pelo TRF4 pela quantidade de estados sob a sua jurisdição e, ainda, por representar o Sul do país. A pesquisa de autos findos foi realizada junto a 04 (quatro) varas em cada Capital sede dos Tribunais de Justiça com preferência para aquelas especializadas e junto ao TRF4, a fim de analisar as decisões da Justiça Federal. Nesta fase foram coletados dados acerca da operacionalização, por meio da análise de Autos Findos pesquisados no espaço temporal demarcado. Desse modo, todas as cinco regiões do país foram objeto de pesquisa, sem prejuízo das varas competentes no julgamento das ações de improbidade administrativa. (CNJ, 2015, p. 20).

Quanto ao segundo aspecto, o princípio da indisponibilidade do interesse público, este representava o maior obstáculo à concretização da consensualidade, visto que exigiria das partes a titularidade do objeto sob discussão, e mitigaria o Poder-dever do Estado de satisfação das necessidades coletivas.<sup>20</sup>

A esse respeito, Justen Filho<sup>21</sup> enuncia que a imperatividade estatal possui:

forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da 'soberania' estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as 'prerrogativas' do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência.

Isso porque o cenário em que foi gestada a lei em referência apresentava contornos jurídicos, políticos e sociais completamente diferentes no tocante ao combate dos atos ímprobos. A base da ordem jurídica era formada simplesmente pelos direitos penal e civil, existindo indicação, apenas, do princípio da supremacia do interesse público na seara administrativa.

Assim, ao longo dos mais de vinte anos de vigência do diploma legal em tela, o ordenamento jurídico passou por grandes transformações interpretativas na proteção da seara metaindividual. Era chegada a hora de introduzir instrumentos consensuais em matéria de Direito sancionador, para que efetivamente existisse uma evolução no Direito Administrativo e fossem efetivados os fundamentos da Constituição Federal, na qual o art. 1º<sup>22</sup> adotou o Estado Democrático de Direito, considerando, implicitamente, o *princípio da consensualidade*.

A noção de consensualidade deriva do direito europeu, e, em seara nacional, a doutrina ainda é incipiente, posto que os estudos relacionados ao tema têm berço na noção constitucional pós-1988 de uma cidadania participativa, ou, ainda, de uma "democracia substantiva", que assume posição de destaque a partir da redemocratização brasileira<sup>23</sup>.

Assim, é preciso compreender que o princípio da indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à consensualidade administrativa, uma vez que o acordo será um forte aliado do interesse público no caso concreto, para alcançar maior eficiência e legitimidade na ação administrativa. Ao adotar métodos consensuais, o administrador não dispõe do interesse público, mas o persegue por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo<sup>24</sup>.

20 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300.

22 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

23 PALMA, 2010.

24 LOPES, P. L. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, v. 274, p. 383-407, 2017.

Dessa forma, resta clara a ideia de que o §1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92 já necessitava de uma revisão, muito em função dos novos marcos conciliatórios que trouxeram, como alguns de seus fundamentos basilares, a mediação e a conciliação, e foram introduzidos no cenário legal e jurídico brasileiro por força do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

## 2. A MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO À CONSENSUALIDADE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Aparentemente, pode-se vislumbrar que o processo penal foi pioneiro na tendência à promoção do consensualismo como forma de resolver questões relativas à punibilidade de envolvidos em atos ilícitos de natureza penal, por meio da edição da Lei nº 12.850/2013, a qual trouxe, em seu art. 4º, §4º<sup>25</sup>, a possibilidade de firmar Acordo de Não Persecução penal (ANPP). Em seguida à edição da citada lei, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou a matéria, e o ANPP foi incluído no Código de Processo Penal (art. 28-A) e na Lei nº 8.038/1990.<sup>26</sup>

Segundo a doutrina, o ANPP, também chamado por alguns de “acordo de imunidade”, é o negócio jurídico processual por meio do qual o Ministério Público promete não ajuizar a pretensão punitiva em juízo em desfavor do colaborador em troca de sua colaboração.<sup>27</sup>

Ao contrário do que aparentemente sugere a expressão “acordo”, consoante preciosa lição de Schütt<sup>28</sup>, não se trata de amenizar as consequências, para o agente ímprobo, das suas ações ilícitas, mas de garantir a efetividade das medidas punitivas, com base em um critério de ponderação de resultado *versus* custo.

A mesma autora<sup>29</sup> sustenta que a adoção das técnicas de consensualidade no âmbito de atuação do *Parquet* possibilitou três consequências práticas principais, que foram o desestímulo à prática criminosa/ímproba, a recuperação célere dos produtos/bens usurpados pelos agentes ímprobos, e a retração das atividades ilícitas nas pessoas jurídicas que foram alvos das operações.

25 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:  
[...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

(BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 5 ago. 2013. Edição Extra. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 8 dez. 2022).

26 CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). **Gestão de sistemas de justiça e de mecanismos de efetivação dos direitos**. 2. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2021. p. 49.

27 CABRAL, 2021, p. 49.

28 SCHÜTT, Júlia Flores. Elevação do risco à prática do ato ímprobo como meio de combate à impunidade e o direito consensual. **O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa**, Brasília, p. 141, 2019. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista\\_Defesa\\_da\\_Probidade\\_Administrativa.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf). Acesso em: 3 dez. 2022.

29 SCHÜTT, 2019.

De mais a mais, a consensualidade exsurge exatamente como alternativa para a concretização da supremacia do interesse público, ao ofertar estratégias para efetivar a punição dos agentes que cometem atos de improbidade, ao contrário do ajuizamento de infinidades de ações civis públicas, que, muitas vezes, abarrotam o Judiciário, sem que sequer sejam devidamente apreciadas em tempo hábil à reparação ou à recuperação dos bens subtraídos do erário, incrementando, ainda mais, a sensação geral de impunidade que permeia a sociedade brasileira, a exemplo da popular máxima “o crime compensa no Brasil”.

Importante ressaltar, nas palavras de Cabral<sup>30</sup>, que “de fato, a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa.”

Ainda refletindo sobre o pioneirismo do consensualismo na seara penal, é válido salientar, como destaca a doutrina<sup>31</sup>, que é frequente a chamada “incidência múltipla”, em que um mesmo ato ilícito dá azo a repercussões no âmbito criminal, civis e administrativas, de modo que não faria sentido a pretensão punitiva penal ser passível de convenção pelas partes, e a da improbidade, de natureza civil, não o fosse, representando uma verdadeira incongruência do sistema jurídico.

Assim, a mudança paradigmática que relativizou a indisponibilidade do interesse público e permitiu a convenção das partes no âmbito da LIA, com vistas à efetividade da punição dos atos ímprobos, revela-se uma tendência inescusável e representa uma leitura integrada do sistema jurídico nacional, o qual, a partir de 1988, elevou a participação do cidadão nas decisões cruciais da sociedade, ao tempo em que também o tornou mais responsável pelas suas condutas.

Também está superada na doutrina<sup>32</sup> a ideia de que a indisponibilidade do interesse público constitui obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que não se está propriamente dispondo do interesse público, mas, de outra sorte, o agente público o concretiza de outra maneira – bilateral. Além do mais, são medidas menos custosas e inegavelmente mais céleres, representando a concretização do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública<sup>33</sup>.

Desse modo, por todos os motivos acima expostos, entende-se que a consensualidade é um fator positivo para retração da intensa sensação de impunidade presente no seio da sociedade.

30 CABRAL, *op. cit.*, p. 50.

31 *Ibidem.*

32 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo. Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 80, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2346109/Luiz+Manoel+e+Diogo+de+Araujo.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2022.

33 GOMES JÚNIOR; LIMA, 2021.

### 3. A CONVENÇÃO DE MÉRIDA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL (ANPC), A PARTIR DA SUPRESSÃO DO ART. 17, §1º, PELA LEI Nº 14.230/21, E INCLUSÃO DO SEU ART. 17-B

A recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, e a inclusão do art. 17-B ao citado diploma legal, como ressaltado anteriormente, foi fruto de uma tendência internacional e nacional, que, na vertente de Dias e Pereira<sup>34</sup>, tem a finalidade de prestigiar o método autocompositivo na solução dos conflitos, em contraposição à imperativa decisão do método heterocompositivo.

Nas palavras de Gomes Júnior e Lima<sup>35</sup>:

A inovação segue tendência já presente em diversos diplomas normativos do Direito Penal (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.) e do Direito Administrativo (acordo de leniência, possibilidade de conciliação e mediação em causas do Estado, ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor, possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, entre outras hipóteses).

No âmbito internacional, tal reforma está diretamente relacionada a um dos compromissos assumidos pelo Brasil, qual seja – de combate à corrupção transnacional, abarcados por vários instrumentos internacionais ratificados pelo Estado, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002; a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, fruto da união dos Estados integrantes da Assembleia das Nações Unidas (ONU), em Mérida (México), é dotada de 71 (setenta e um) artigos e é considerada um dos mais relevantes instrumentos jurídicos internacionais, recebendo a assinatura gradual de 140<sup>36</sup> (cento e quarenta) países, incluindo o Brasil. É, ao certo, a materialização da soma de esforços contra a corrupção, para o enfrentamento direto dessa problemática que afeta a sociedade, os valores e bases do Estado; e a concretização dos mais diversos direitos humanos.

É formada, essencialmente, pela união de quatro importantes temáticas: prevenção, criminalização, cooperação internacional e recuperação de ativos. À

34 DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 3, n. 60, p. 361-383, jul./set. 2020.

35 GOMES JÚNIOR; LIMA, *op. cit.*, p. 186-187.

36 UNITED NATIONS. **United Nations Convention against Corruption (UNODOC)**. New York: United Nations, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

prevenção, inicialmente, é atribuído um importante papel, pela necessidade de antecipar a fiscalização, como forma de promover a integridade, a transparência e a boa gestão pública. Em sequência, a Convenção incentiva os Estados a estabelecerem medidas legislativas para tipificar uma variedade de atos, ligando isso à criação de algumas normas, com o objetivo de garantir a aplicação da lei e assegurar a eficácia do combate à corrupção. A cooperação jurídica internacional, também, é bem trabalhada, com o intuito de apoiar e possibilitar o controle da expansão da criminalidade, assegurando a implementação e a aplicação dos seus termos em todos os Estados partes. Igualmente, é dada atenção à recuperação de ativos, determinando que os Estados adotem as medidas necessárias para permitir que as suas autoridades competentes procedam à recuperação de valores e bens indevidamente obtidos, minimizando perdas financeiras.

No que atine especificamente ao objeto do presente trabalho, importa colacionar, na íntegra, o art. 37<sup>37</sup> da Convenção de Mérida, o qual prevê, especificamente, a possibilidade de colaboração das pessoas que tenham praticado delitos qualificados pela Convenção como sendo atos de corrupção, senão vejamos (com grifos nossos):

#### Artigo 37

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção **que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.**

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, **a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.**

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, **a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação** ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, mutatis mutandis, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados **poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.**

Assim, sendo o ANPC um negócio jurídico a ser proposto pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada a propor a respectiva ação civil pública pela prática de

37 BRASIL, 2006.

ato de improbidade administrativa – o *Parquet* possui legitimidade ativa concorrente e disjuntiva com a pessoa jurídica interessada por força das decisões proferidas na ADI 7042/DF e na ADI 7043/DF, a despeito do disposto expressamente no *caput* do art. 17-B da LIA – em que o autor do ato ímprobo deixa de se submeter ao processo, estamos exatamente diante da hipótese do art. 37, §3, da Convenção de Mérida.

O §4º, do art. 17-B da LIA, dispõe sobre o momento em que o ANPC poderá ser celebrado: no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória, ampliando, assim, as possibilidades do autor do fato ímprobo de ter acesso ao Acordo.

Não obstante, inexistente obrigação, para os legitimados, quanto à proposição do Acordo, sendo, portanto, um ato discricionário, como bem pontua Castro<sup>38</sup>, o que não contraria a Convenção de Mérida sob qualquer aspecto, visto que o §3º do art. 37 enuncia que cada Estado considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão da imunidade judicial em questão.

A esse respeito, inclusive, a Convenção confere bastante liberdade aos países quanto aos requisitos a serem considerados para proposição e confirmação do Acordo, configurando-se como uma norma de caráter programático.

No caso da legislação brasileira, conforme disciplina o §2º do art. 17-B da LIA, sempre serão considerados os aspectos da personalidade do agente, da natureza, das circunstâncias, da gravidade e da repercussão social do ato de improbidade, bem como das vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. Ainda, o §1º do mesmo artigo estatui um verdadeiro rito a ser seguido, pois, cumulativamente, o ente federativo lesado deverá ser ouvido, antes ou depois de proposta a ação; se anterior ao ajuizamento da ação, o Ministério Público deverá aprovar o acordo, em até 60 (sessenta) dias; por fim, o acordo deverá ser homologado judicialmente.

A partir da interpretação do texto legal, depreende-se que o ANPC pode se dar tanto na seara judicial quanto extrajudicialmente, e, em sendo firmado após o ajuizamento da ação, importará resolução do processo com julgamento do mérito; sendo anterior, após a homologação judicial, constituirá um título executivo judicial.

Outro aspecto interessante ressalta do §5, do art. 37 da Convenção, que menciona a hipótese de concessão de imunidade judicial a título de cooperação internacional, e sobre isso a LIA é omissa, inexistindo previsão legal para formalização de ANPC nessa situação, cabendo ao direito internacional promover tal alinhamento.

## CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, vê-se que a erradicação ou prevenção da corrupção é uma questão de alta relevância para vários países do mundo, cujo resultado é o

38 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, jul./set. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato\\_de\\_Lima\\_Castro.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022.

somatório de esforços internacionais a fim de padronizar a adoção de medidas de enfrentamento do problema, em ênfase na Convenção de Mérida, assinada gradualmente pelos 140 (cento e quarenta) países que integram a Organização das Nações Unidas.

Noutro pórtico, a crescente discussão, em território nacional, acerca das possibilidades de contratualização do direito público, criou um terreno fértil para que pudessem ser implementadas, paulatinamente, leis para regulamentar institutos característicos da consensualidade, sem que disso decorresse a mitigação do interesse público.

Destacamos, nesse sentido, os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc, do direito penal; no direito administrativo, temos o acordo de leniência, a possibilidade de conciliação e mediação em causas do Estado, ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor, possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, entre outras.

Em verdade, o que se busca com a consensualidade é exatamente o oposto da mitigação do interesse público, isto é, dar efetividade aos instrumentos para repressão e prevenção do ilícito. Trata-se de um processo de recrudescimento das instituições públicas e fortalecimento do Estado Democrático de Direito, em consonância com a Carta Cidadã de 1988, que prevê uma maior participação do sujeito individual nos destinos do país e a chamada deste à responsabilidade por suas ações, inclusive aquelas delituosas, sejam estas de natureza civil, penal ou administrativa.

Dessa maneira, a ratificação da Convenção de Mérida pelo Brasil concatena todo esse intento institucional de efetividade da justiça, pois, inegavelmente, justiça que tarda é injustiça que se propaga.

Assim, o art. 37 do citado instrumento internacional proveu o ordenamento jurídico brasileiro de muitas forças adicionais para restaurar a confiança da sociedade brasileira em um Estado probó, formado por agentes igualmente íntegros em suas funções, ao possibilitar a realização de acordos que garantam imunidade judicial, mediante o cumprimento de algumas condições estipuladas na LIA.

Ao contrário do que se pode pensar, a formalização de um ANPC não significa perda para o Estado, ou superdimensionamento de um interesse particular, mas, de outra sorte, possibilita que se devolva aos cofres públicos os bens subtraídos indevidamente de forma célere, amplia vertiginosamente o escopo das investigações de esquemas de corrupção, ao elucidar a cadeia de agentes envolvidos nas formações ilícitas, e ainda previne a ocorrência de novos ilícitos, ao estipular medidas rígidas para os agentes envolvidos em tais delitos.

De mais a mais, a proposição de acordo é medida discricionária do Ministério Público e das demais pessoas jurídicas que detêm legitimidade ativa para o

ajuizamento da ação competente, de modo que, somente quando verificadas as condições estipuladas na própria LIA, com foco na concretização do interesse público, é que o ANPC é ofertado e eventualmente firmado.

Todos esses aspectos conferem seriedade e segurança jurídica para o instituto, o qual teve sua implementação adotada pela LIA a partir da influência da Convenção de Mérida, cujo papel no reforço do combate à corrupção foi crucial para ofertar subsídios aos órgãos de fiscalização com vistas à consagração da efetividade da tutela da probidade.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa**: incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992. 2. ed. rev. atual. Brasília: ESMPU, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **20 anos do impeachment do Collor**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/20-anos-do-impeachment>. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, 9 ago. 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm#ementa](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm#ementa). Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, 1 fev. 2006. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm). Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 5 ago. 2013. Edição Extra. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 8 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, 26 out. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em: 03 dez. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). **Gestão de sistemas de justiça e de mecanismos de efetivação dos direitos**. 2. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, jul./set. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato\\_de\\_Lima\\_Castro.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf). Acesso em: 28 mar. 2022.

CIBERDÚVIDAS DA LÍNGUA PORTUGUESA. **A origem da palavra corrupção**. 2007. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-origem-da-palavra-corrupcao/21753#>. Acesso em: 12 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Lei de Improbidade Administrativa Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: CNJ, 2015. p. 12. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.

COSTA, José Armando da. **Contornos jurídicos da improbidade administrativa**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 315 p.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 3, n. 60, p. 361-383, jul./set. 2020.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; LIMA, Diogo de Araújo. Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 80, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2346109/Luiz+Manoel+e+Diogo+de+Araujo.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, P. L. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. **Revista de Processo**, v. 274, p. 383-407, 2017.

MENSALÃO: cronologia do caso. **Memoria Globo**, 30 nov. 2021. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/mensalao-cronologia-do-caso.ghtml>. Acesso em: 4 dez. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **Corrupção na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHÜTT, Júlia Flores. Elevação do risco à prática do ato ímprobo como meio de combate à impunidade e o direito consensual. **O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa**, Brasília, p. 141, 2019. Disponível em: [https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista\\_Defesa\\_da\\_Probidade\\_Administrativa.pdf](https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Revista_Defesa_da_Probidade_Administrativa.pdf). Acesso em: 3 dez. 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. **Índice de percepção da corrupção 2022**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 1 dez. 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. **Sobre a TI**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/sobre-a-ti/>. Acesso em: 21 maio 2023.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention against Corruption (UNODC)**. New York: United Nations, 2004. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

VIEIRA, Judivan J. **Perspectiva Histórica da Corrupção**: Livro I. Brasília: Thesaurus, 2014.

## AGAMBEN, SCHMITT E O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL NA GESTÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

### AGAMBEN, SCHMITT AND LIBERAL CONSTITUTIONALISM IN THE MANAGEMENT OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

José Adeildo Bezerra de Oliveira<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Advogado e Professor. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus (UniChristus). Historiador, licenciado pleno pela Universidade Federal do Ceará (UFC). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8822-7338>

\* Artigo elaborado em julho de 2021 como parte da nota na disciplina de Direito Político, no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).  
*ad.direitoch@gmail.com*

Recebido/Received: 01.07.2023/ July 1st, 2023.  
Aprovado/Approved: 10.08.2023/ August 10th, 2023.

#### RESUMO

Esta reflexão analisa a radicalização dos conflitos políticos federativos e entre os poderes ocorrido no Brasil em torno da gestão da pandemia de COVID-19 entre os anos de 2020 e 2021. Tem como referenciais teóricos testáveis a obra de Carl Schmitt, com a sua defesa de um pessimismo antropológico que se manifesta no antagonismo amigo-inimigo e a obra de Agamben, segundo a qual as democracias ocidentais vivem um estado de exceção como paradigma de governo. Parte-se da hipótese de que os conflitos federativos e as tensões entre os poderes em torno da gestão da saúde na pandemia de SARS-CoV-2 no Brasil foram manifestações institucionais da dimensão conflitiva humana presente na obra de Carl Schmitt, não correspondendo a um estado de exceção, nos termos de Agamben. O método adotado para atingir os fins desta pesquisa é o hipotético-dedutivo. Quanto aos procedimentos, adotou-se a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** conflito; exceção; pandemia; político.

#### ABSTRACT

This reflection analyzes the radicalization of federative and inter-power political conflicts that occurred in Brazil around the management of the COVID-19 pandemic between the years 2020 and 2021. Its testable theoretical references are the work of Carl Schmitt, with his defense of an anthropological pessimism that manifests itself in friend-enemy antagonism, and the work of Agamben, according to which Western democracies live a state of exception as a paradigm of government. We start from the hypothesis that the federative conflicts and tensions between the powers around health management in the SARS-CoV-2 pandemic in Brazil were institutional manifestations of the human conflictive dimension present in the work of Carl Schmitt, not corresponding to a state of exception, in Agamben's terms. The method adopted to achieve the purposes of this research is the hypothetical-deductive one. As for the procedures, the bibliographic research was adopted.

**Keywords:** conflict; exception; pandemic; political.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS; 1.1. PILARES DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL; 1.2. A DIMENSÃO CONFLITIVA DO POLÍTICO E O ANTAGONISMO AMIGO-INIMIGO DE CARL SCHMITT; 1.3. O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO EM AGAMBEN; 2. CONFLITOS FEDERATIVOS E CHOQUES DE PODERES NA GESTÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 – O CASO BRASILEIRO; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

## INTRODUÇÃO

A crise sanitária ocasionada pela pandemia de COVID-19 potencializou exponencialmente as tensões políticas, ideológicas e institucionais existentes no Brasil. Os conflitos federativos e os choques de poderes entre, de um lado, muitos governadores e prefeitos, a maioria ou parte expressiva do Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal e, do outro, o presidente da República Jair Bolsonaro e seus apoiadores, acentuaram-se de tal modo que pareceram ser uma manifestação concreta do caráter conflitivo do político já apontado por Carl Schmitt, a saber: o agrupamento amigo-inimigo.

O presidente da República apontava, em seus discursos, governadores como responsáveis pela miséria que vivida no País. Para Jair Bolsonaro, a atuação dos chefes dos Executivos estaduais não só representava flagrante desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, como também foi determinante para as taxas de desemprego, morte e fome observadas durante a pandemia (COM 400 MIL..., 2021). Os governadores, prefeitos, parlamentares de oposição e a grande mídia, por outro lado, indicavam, diuturnamente, atos de negligência por parte de Bolsonaro no trato da pandemia. Alguns foram mais longe e acusaram o presidente até mesmo de — por suas condutas temerárias de aglomeração, incentivo ao não uso de máscaras (BOLSONARO FALA..., 2021) e negacionismo (NEGACIONISTA, 2021) — favorecer a disseminação do vírus. A situação, portanto, permite a identificação de um contexto de tensões extremadas que podem ser compreendidas como um antagonismo entre amigo e inimigo no plano discursivo e institucional.

Esse contexto conflitivo suscitou gravíssimas divergências federativas e entre poderes sobre como realizar a gestão e o combate da pandemia no Brasil. Tais divergências federativas se deram em torno de quais os papéis institucionais e os respectivos limites dos Executivos federal, estaduais e municipais no combate ao Coronavírus no País. À vista disso, algumas indagações se fazem pertinentes: i) quais as competências dos entes políticos na gestão da saúde? ii) quais os limites ao poder de polícia sanitária dos entes? iii) agiram os governadores e os prefeitos de modo autoritário na gestão da pandemia?

E mais, a partir das medidas excepcionalíssimas tomadas pelos vários chefes de Poder Executivo — como isolamento, quarentena, barreiras sanitárias, toques

de recolher, restrições às atividades econômicas e demais restrições a direitos fundamentais —, pode-se afirmar que a pandemia do novo coronavírus levou o Brasil a vivenciar um estado de exceção como paradigma de governo, nos moldes da teoria de Giorgio Agamben? Ou os mecanismos constitucionais típicos do constitucionalismo liberal, presentes na CRFB/88, conseguiram conter o poder de fato e estabilizar o conflito?

As questões são muitas e as respostas poucas. Exatamente por isto, a presente reflexão se propõe a analisar a radicalização dos conflitos apontados acima, tendo como referenciais teóricos testáveis a obra de Carl Schmitt, com a sua defesa de um pessimismo antropológico que se manifesta no antagonismo amigo-inimigo, assim como a obra de Agamben (2004), segundo a qual as democracias ocidentais vivem um estado de exceção como paradigma de governo.

Nesse sentido, parte-se da hipótese de que os conflitos federativos e as tensões entre os poderes em torno da gestão da saúde na pandemia de SARS-CoV-2 no Brasil, são manifestações institucionais da dimensão conflitiva humana presente na obra de Carl Schmitt, não correspondendo a um estado de exceção como paradigma de governo, nos termos postos por Agamben.

Para tentar enfrentar as questões levantadas com seriedade acadêmica, o método a ser utilizado é o Hipotético-Dedutivo. A escolha desse procedimento é resultado do tipo de pesquisa teórica aqui proposta, pois parte-se de um problema complexo, atual e não totalmente explicado, conforme apontado acima. Logo, tomando como premissa que o conhecimento perfeito e acabado é algo inatingível e que sempre podem surgir novas hipóteses ou mesmo releituras de hipóteses já testadas, deve-se submeter o conhecimento jurídico ao processo de falsificacionismo ou falseabilidade. (POPPER, 2010).

Quanto aos objetivos da pesquisa, ou seja, o tipo de conhecimento que se quer produzir no decorrer do presente estudo, será adotado o método exploratório. Tal opção metodológica decorre da própria natureza deste estudo, que, conforme destacado, é de natureza teórica. Nesse sentido, torna-se necessário um levantamento bibliográfico. Por consequência, quanto aos procedimentos, a metodologia a ser adotada é a da pesquisa bibliográfica somada ao estudo de caso voltado à análise da gestão da pandemia no Brasil. Por fim, esclarecemos que a abordagem metodológica adotada é a qualitativa. Essa abordagem é corolário das escolhas efetuadas acima.

## 1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Conforme foi apresentado anteriormente, o presente estudo terá como ponto de partida a ideia de que os conflitos entre poderes, resultantes do enfrentamento à pandemia, não se conformam à teoria desenvolvida por Agamben, mas, sim, traduzem verdadeira manifestação institucional da dimensão conflitiva humana presente na obra de Carl Schmitt.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Schmitt e Agamben realizaram críticas ferrenhas às Democracias liberais, às suas abstrações e às suas práticas concretas, conforme se verá adiante.

Se tal hipótese for correta, é possível afirmar que o constitucionalismo de matriz liberal — presente no seio da CF/88, tanto em seus fundamentos (arts. 1º e 2º), como no seu rol exemplificativo de direitos fundamentais de primeira dimensão (art. 5º), bem como em outros dispositivos — cumpriu o seu papel de contornar uma situação de grave crise institucional, limitando o exercício do poder de fato sem que, para isso, precisasse romper com a ordem jurídica ou suspendê-la. Exatamente por isso, a presente análise começará por uma breve exposição sobre os pilares teóricos do constitucionalismo liberal, positivados na Constituição Federal de 1988.

### 1.1. PILARES DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

A despeito de todas as válidas críticas que foram feitas ao constitucionalismo liberal — a exemplo daquelas feitas por Bercovici (2013), a respeito da domesticação<sup>2</sup> do Poder Constituinte pelo constitucionalismo dessa matriz —, tanto quanto às suas abstrações que fogem aos fatores reais de poder (LASSALE, 2012) e à realidade socioeconômica, bem como ao seu acentuado formalismo e empoderamento do indivíduo em detrimento da sociedade, não se pode negar que o arcabouço teórico construído pelo constitucionalismo liberal legou, às democracias ocidentais, um conjunto de institutos jurídicos e políticos essenciais à manutenção das instituições e ao controle do poder de fato.

Dentre as principais heranças do constitucionalismo liberal, destacam-se aquelas que são apontadas como integrantes do conceito material de Constituição e que compõem, portanto, o núcleo do constitucionalismo de matriz liberal, a saber: i) a separação de poderes; ii) respeito aos direitos fundamentais de defesa contra o Estado; iii) o estado de direito (com a afirmação do princípio da legalidade e da ideia de império da lei); e iv) a organização do Estado (BONAVIDES, 2011).

Nesse sentido, conforme leciona Ferrajoli, há uma relação de recíproca oposição entre o direito e o poder, onde o direito na Idade Moderna, época de afirmação do constitucionalismo liberal, é entendido como uma técnica de ordenação e de limitação do poder (FERRAJOLI, 1999).

Portanto, como pode se depreender da leitura do texto constitucional de 1988, a atual Constituição traz, em seu bojo, esses pilares do constitucionalismo de matriz liberal ao assegurar: em seu Título I, o estado de direito, o regime político democrático, a separação de poderes, a soberania popular, o pluralismo político; em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais; no

Título III, a organização do Estado; no Título IV, a organização dos poderes; e no Título V, a defesa do Estado e das instituições democráticas.

<sup>2</sup> Domestica o Poder Constituinte ao pôr fim à revolução, obstando o exercício da soberania democrática com o objetivo de proteger os direitos de matriz liberal.

## 1.2. A DIMENSÃO CONFLITIVA DO POLÍTICO E O ANTAGONISMO AMIGO-INIMIGO DE CARL SCHMITT

Voltando-se contra esse construto teórico liberal, Carl Schmitt elegeu o liberalismo como seu “inimigo” teórico (AGASSIZ ALMEIDA, 2008) e forjou uma teoria sobre o político pautada no pessimismo antropológico, ou seja, no entendimento do homem como “mau”. Para o teórico alemão, “todas as teorias políticas autênticas pressupõem o homem como ‘mau’ [...], perigoso e dinâmico” (SCHMITT, 2008, p. 66).

A partir desse pessimismo antropológico, Schmitt entende o político como um campo de tensões entre os diversos agrupamentos humanos. Assim, o que caracteriza e distingue o agrupamento político do econômico, moral ou religioso, é o fato de o político ter como nota essencial o conflito, que decorre da natureza humana conflitiva e má. Mais precisamente, Schmitt afirma que não é qualquer conflito que define **o político**, mas apenas aquele que atinge um grau de intesidade tal que, por sua vez, acionaria o antagonismo amigo-inimigo. Na proposta teórica de Schmitt, o antagonismo amigo-inimigo é o critério especificamente político e, portanto, o único capaz de possibilitar a definição do político. Portanto, o político não é o conflito em si, mas o conflito em um grau tal que pode acionar o antagonismo amigo-inimigo. (SCHMITT, 2008).

Segundo Schmitt, o liberalismo promoveu uma negação do político, focando suas análises e propostas na afirmação do individualismo, nas liberdades individuais e econômicas, bem como na desconfiança em relação ao Estado e à política. Conforme o autor, o liberalismo desenvolveu um sistema de conceitos despolitizados e desmilitarizados, com a finalidade de aniquilar o político enquanto esfera conflitiva e “poder conquistador”. Desse modo, a partir de um *pathos* que se volta contra a coerção e contra a falta de liberdade, o liberalismo teria transformado ou tentado transformar o conceito político de *luta*, no plano econômico, em *concorrência*, e, no plano espiritual, em *discussão* (SCHMITT, 2008).

O autor segue sua crítica ao liberalismo, afirmando que tal perspectiva filosófica, em sua tentativa de despolitizar o político, retirou do seu âmbito de análise a sua dimensão conflitiva, ou seja, a vontade de repelir o inimigo, que seria natural em uma situação de combate entre opositos, negando, assim, o critério que distingue o político das demais formas de agrupamento humano, a saber: o antagonismo amigo-inimigo (SCHMITT, 2008).

Porém, apesar de tentar negar essa dimensão antagônica e conflitiva que é típica do agrupamento político, afirma o autor que o liberalismo não escapou do político e não eliminou o antagonismo amigo-inimigo. Para Schmitt, apesar das tentativas de neutralização e de despolitização do político construídas pelos autores liberais, o agrupamento característico do século XIX, ou seja, época áurea do liberalismo, era o dos amigos liberdade/progresso/razão/economia/indústria/

técnica e parlamentarismo **contra** os inimigos feudalismo/reação/violência/Estado/guerra/política e ditadura. Desse modo, assim como outros sistemas de organização social ou de pensamento, o sistema liberal também serviria ao agrupamento do tipo amigo-inimigo, não conseguindo, pois, escapar à dimensão conflitiva que caracteriza o político (SCHMITT, 2008).

No entanto, para que possamos compreender a teoria de Schmitt sobre qual seria o conceito do político, faz-se necessário compreender o que o autor quer dizer com o antagonismo amigo-inimigo e quais as suas consequências para a teoria schmittiana.

Conforme se expôs anteriormente, Schmitt parte de uma perspectiva antropológica marcada pelo pessimismo em relação aos homens, alegando existência de uma tendência humana voltada ao conflito. Esta tendência, por sua vez, seria a característica essencial das relações políticas. Isso porque, na organização social e política da comunidade, as divergências entre os homens e os seus projetos de organização política da vida social chegam ao seu ponto máximo, fazendo com que fosse acionado o antagonismo amigo-inimigo.

Nota-se, pois, que o ponto de partida para o antagonismo amigo-inimigo são as **diferenças inconciliáveis** entre os vários projetos de gestão da vida social. Dessa maneira, quem saísse vitorioso desse antagonismo originário impor a sua ordem política. Os derrotados, então, poderiam aceitar a derrota e se adaptar ou, do contrário, ser eliminados. Aqui, é perceptível a abertura teórica aos autoritarismos, mas, também, é possível notar que a violência ou a coação física não são consequências necessárias do antagonismo político schmittiano.

Para a compreensão teórica dessa categorização de Schmitt, faz-se necessário destacar que o antagonismo amigo-inimigo é uma **categoria explicativa autônoma** sobre a essência do **comportamento** político, sendo, pois, um **critério de distinção** do político em relação a outros agrupamentos humanos, como o econômico, o moral ou o religioso. A esfera do político, portanto, seria determinada pela possibilidade real de um inimigo e de um conflito. (SCHMITT, 2008).

Não obstante, não é qualquer conflito humano que pode ser considerado como uma contraposição política. Os conflitos entre os homens existem e são comuns nos planos moral, econômico, cultural e religioso, mas esses conflitos só podem ser caracterizados como conflitos políticos autênticos a partir do momento em que se tornam suficientemente fortes para agrupar os homens em amigos e inimigos. Têm-se, pois, uma **distinção gradativa** do conflito político em relação aos demais conflitos humanos, sendo que o enfrentamento mais sério é anterior ao Estado e à decisão política fundamental que o constitui (SCHMITT, 2008). Vejamos as palavras do próprio autor:

A **diferenciação especificamente política**, à qual podem ser relacionadas as ações e os **motivos políticos**, é a **diferenciação entre amigo e inimigo**, fornecendo uma definição conceitual no

sentido de um **critério**, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo. Na medida em que **não é derivável de outros critérios**, ela corresponde para o político aos critérios relativamente autônomos de outras antíteses: bom e mau no moral; belo e feio no estético etc. Em todo caso, ela é autônoma [...] A **diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação**, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras. (SCHMITT, 2008, p. 27-28)

Uma vez compreendido que **o antagonismo político é o antagonismo extremo ou crítico**, decorrente de **posições inconciliáveis** entre os homens, é preciso compreender quem é o inimigo. Novamente, recorre-se às palavras de Schmitt:

O inimigo não precisa ser moralmente mau [...] Ele é precisamente **o outro, o desconhecido** e, para sua essência, **basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido**, de modo que, em **caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele**, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro 'não envolvido' e, destarte, 'imparcial'. (SCHMITT, 2008, p. 28).

Agassiz Almeida ensina que Schmitt faz uma distinção entre o antagonismo originário e o secundário (AGASSIZ ALMEIDA, 2014). O **originário** seria o que antecede o Estado, aquele que dá origem ao próprio Estado e à Constituição, sendo resultado da imposição da vontade do grupo vencedor no sentido de estabelecer uma ordem social e política, ou seja, é o que dá origem à decisão política fundamental constitutiva da organização social.

Contudo, o **segundo momento do antagonismo** amigo-inimigo, ensina Agassiz Almeida, seria uma "espécie de decorrência parcial do pensamento schmittiano," que se materializa "por meio das disputas políticas que ocorrem nos marcos do Estado constituído [...]." (AGASSIZ ALMEIDA, 2014, p. 67-68).

Aqui, chegamos ao ponto central da obra de Schmitt para a presente reflexão, porquanto a hipótese a ser testada é saber se os conflitos federativos e os choques de poderes entre, de um lado, o agrupamento político em torno do presidente Bolsonaro e, do outro, o agrupamento político em torno da maioria ou parte considerável dos governadores e de muitos prefeitos, ocorridos no Brasil em torno da gestão da pandemia, podem ser considerados manifestações concretas do antagonismo amigo-inimigo schmittiano.

### 1.3. O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO EM AGAMBEN

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral”

Walter Benjamin, 1994, p. 226.

O pensamento de Agamben se insere nas reflexões sobre as relações entre política e vida, direito e biopolítica<sup>3</sup>, soberania (direito) e violência, nomos e anomia. Agamben tenta capturar o momento da indistinção entre a incidência do poder jurídico e do poder de fato, expondo como, no estado de exceção, existe um ponto de tensão ineliminável entre o poder do direito e o “poder nu” ou fático (FONSECA, 2004).

A tese central de Agamben, inspirada em Walter Benjamin e exposta em seu famoso ensaio “sobre o conceito de história”, que serve de epígrafe no presente tópico, defende que a criação voluntária de um estado de exceção permanente se tornou uma técnica de governo nos Estados contemporâneos, inclusive nas democracias liberais ocidentais. Dessa forma, anota o autor:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão parecem não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Segundo Agamben, tem havido um questionamento dos pilares do constitucionalismo liberal — os paradigmas do estado de direito, da separação de poderes, do constitucionalismo como limitador do poder, do respeito aos direitos fundamentais — com a criação voluntária de um estado de exceção permanente pelos Estados contemporâneos.

Agamben apresenta uma série de “leis ou atos normativos de plenos poderes” que, em seu entender, demonstram que a exceção virou regra nas democracias ocidentais. Cita os exemplos dos EUA, com seus *Military order* (13/11/2001) e *Patriotic Act* (retirou dos terroristas a condição de sujeito de direitos e a sua identidade jurídica); do Reino Unido, com sua *martial law, emergency powers Defence of Realm Act* – DORA (1914) e *Emergency Powers* (1920); da Itália e da França, com seus decretos de urgência ou estados de sítio. Para Agamben, esses atos representam um desmonte dos paradigmas do constitucionalismo liberal moderno, pois mostram que a exceção se tornou regra e ameaça os direitos dos cidadãos (AGAMBEN, 2004).

Esses atos teriam interferido sobremaneira na separação de poderes, fortalecendo os poderes dos Executivos em detrimento dos demais poderes,

<sup>3</sup> Biopolítica é aqui entendida como a invenção da gestão da vida em sociedade. Ou seja, decide o modo de vida do povo, incidindo sobre subjetividades e corpos.

bem como restringido excessivamente os direitos dos cidadãos, ocorrendo uma suspensão da ordem jurídica pela própria ordem jurídica, fortalecendo o poder de fato e causando uma zona de penumbra ou de indeterminação entre o poder de fato e o poder jurídico. Mais uma vez, remete-se o leitor às palavras de Agamben:

[...] o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa a sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica." (AGAMBEN, 2004, p. 39).

O autor afirma que o estado de exceção é criação da tradição democrática-revolucionária, não do absolutismo. Conforme aponta Agamben, a ideia de suspensão da constituição foi introduzida pela primeira vez, na França revolucionária, como um mecanismo de exceção para situações emergenciais, não como técnica de governo, o que, segundo o autor, caracteriza prática comum nos Estados contemporâneos, inclusive os que se apoiam em teorias contrárias à exceção, como é o caso das grandes democracias ocidentais.

Assim, o estado de exceção moderno teria, segundo o autor, as seguintes características: i) ao invés de exceção, virou técnica de governo; ii) representa uma suspensão da ordem jurídica pela própria ordem jurídica, fazendo com que o poder puro e simples pertença ao Direito; iii) é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei, ou seja, uma zona de indeterminação entre o direito e o fato; iv) é um estado *kenomatico* ou de vazio de direito; e v) confusão entre atos normativos dos poderes Executivo e Legislativo, com crescimento dos poderes do Executivo.

Os limites do presente estudo não permitem uma análise aprofundada das características acima apontadas, razão pela qual será tratado especificamente da confusão entre atos normativos dos poderes Executivo e Legislativo, característica essencial do estado de exceção. Aqui se insere uma discussão em torno da força de lei dos atos normativos do Executivo, ou seja, a equiparação entre normas de natureza formal distinta em sua aplicabilidade ou obrigatoriedade (*vis obligandi*) (AGAMBEN, 2004).

A tese de Agamben é que tem ocorrido a abolição ou enfraquecimento da separação de poderes, sendo essa uma característica essencial do estado de exceção, que tem se tornado regra nas democracias ocidentais. Por meio de leis de plenos poderes, que fortalecem sobremaneira os Executivos, que passam a legislar de modo primário, tem ocorrido uma gradativa erosão dos Legislativos e da ideia de separação de poderes. Tais medidas excepcionais tomadas a pretexto de proteger as constituições, a bem da verdade, causam a sua ruína.

Como exemplo, cita-se o caso dos "decretos-lei" italianos, que serviram para a institucionalização do estado de exceção na Itália, tornando-se fonte ordinária de produção do direito e instrumento derogatório da produção normativa (AGAMBEN, 2004).

Nesse ponto, é importante notar que a separação de poderes pode restar debilitada também em decorrência da relação entre o Executivo e o Judiciário. Stephen Breyer, membro da

Suprema Corte dos Estados Unidos, ressalta a complexidade da relação entre esses poderes durante estados de emergência:

Em princípio, ela [a Suprema Corte] pode invalidar ações presidenciais que violem a Constituição. Porém, na prática, em que extensão poderia — ou deveria — a Corte responsabilizar o Presidente perante a Constituição em face de uma guerra ou de uma emergência nacional? Como pode a Corte manter uma relação viável com o Presidente e permitir que ele desempenhe seus deveres constitucionais sem abdicar sua responsabilidade de preservar as liberdades constitucionais e aplicar os limites constitucionais? (BREYER, 2010, p. 172).

Essas são, em apertada síntese, as teses defendidas por Agamben para um contexto anterior à pandemia de SARS-CoV-2, em sua obra *Estado de exceção*. Ocorre que, com a pandemia, uma série de medidas de exceção, que indiscutivelmente relativizam direitos fundamentais, tiveram que ser tomadas por governantes em todo o mundo, sendo a Itália um dos primeiros grandes focos da tragédia humanitária causada pelo novo coronavírus. A consequência disso foi a implementação de medidas excepcionais de combate ao vírus, razão pela qual Agamben, enquanto observador filósofo que vivenciou os fatos, produziu uma série de reflexões controversas em sua coluna *“Una voce”*<sup>4</sup>. Em suas análises, suscitou a invenção da pandemia como substituta do terrorismo na justificação de medidas excepcionais e como um pretexto ideal para expandi-las para além de todos os limites até então existentes (AGAMBEN, 2020a).

Agamben afirma que os cidadãos italianos (raciocínio estendido às demais democracias) têm abdicado das suas liberdades, sem qualquer resistência, por causa do pânico causado pelo vírus, e que isto é resultado do fato de que já estamos acostumados com a exceção. Soma-se a isso o fato de que as vidas dos cidadãos foram reduzidas à condições meramente biológicas de existência, ou seja, em nome da sobrevivência, os cidadãos teriam abdicado de suas liberdades e até mesmo de sentimentos (AGAMBEN, 2020b).

O autor parte da hipótese de que, de alguma forma, ainda que inconscientemente, a peste já estava na mente das pessoas, ou seja, que as condições de vida das pessoas haviam se tornado tais, que elas já estariam acostumadas com a emergência e a exceção, que têm sido praticadas como paradigma de governo, como regra (AGAMBEN, 2020c).

Suscita que a atual emergência sanitária pode ser considerada como o laboratório em que se preparam novos arranjos sociais para a humanidade e que este momento trará consequências graves para as relações humanas e políticas,

4 Os textos foram escritos entre os dias 26/02/20 e 13/04/20, no site da editora Quodlibet.

com a criação de uma massa passiva de indivíduos distanciados uns dos outros e, portanto, mais suscetíveis ao controle (AGAMBEN, 2020d).

Alega, ainda, que o distanciamento social é um eufemismo para o que vivemos e que será o novo princípio da organização social, mesmo após o término da pandemia. Isto porque abdicamos da nossa liberdade e aceitamos passivamente o que nos foi imposto por governantes e cientistas como condição de sobrevivência, mas também porque os atores que deveriam prezar pela dignidade humana, como a igreja e os juristas, teriam falhado em suas responsabilidades. Sobre os juristas, afirma que a categoria já está acostumada ao uso de decretos de emergência ou de exceção por parte de governantes, por meio dos quais o poder Executivo substitui o Legislativo, fato que, na visão do autor, causa a abolição do princípio da separação de poderes que define a própria democracia liberal (AGAMBEN, 2020e).

Desse modo, diante das considerações teóricas de Agamben, devidamente aplicadas pelo próprio autor ao caso concreto da pandemia de SARS-CoV-2, questiona-se: viveu o Brasil, nos anos de 2020 e 2021, um estado de exceção como paradigma de governo? É o que se analisará a seguir.

## 2. CONFLITOS FEDERATIVOS E CHOQUES DE PODERES NA GESTÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 - O CASO BRASILEIRO

O fenômeno jurídico (normas) é uma realidade institucional, ou seja, depende de um consenso humano (MACHADO SEGUNDO, 2016). As normas fazem juízos de valor sobre a realidade a partir do poder estatal (ou de outras formas jurídicas), reprovando (normas proibitivas), aceitando (normas autorizativas ou que facultam condutas) e/ou impondo padrões (normas obrigatórias).

Quando o exercício do poder é normatizado a partir de uma realidade institucional como é o direito, temos um poder jurídico. Por outro lado, quando o poder se exerce por si só ou em contrariedade ao direito, temos o poder puro ou “nu”. Em ambos os casos, o direito é arena de lutas do poder e pelo poder, ao mesmo tempo ele é manifestação de uma dada realidade histórica, das suas complexidades, dos seus embates culturais, políticos, econômicos, ideológicos (FONSECA, 2012).

A partir dessas constatações, entende-se o direito como uma realidade complexa e multifacetada, aberta às múltiplas experiências e saberes, não como meramente instrumental ou mesmo mero limitador do poder.

O direito é realidade institucional e a necessidade é realidade fática. O simples fato não é direito, mas apenas exercício da força. O político (conflitos) é mediado pela política (consenso) e transformado em direito (realidade institucional) (MOUFFE, 2015). Contudo, os conflitos também se manifestam no direito, visto que o direito não é um campo harmônico. Aliás, muitas vezes o consenso político é parcial e não

elide a tensão, ainda que esse consenso tenha sido positivado na norma jurídica. É possível mesmo que novas tensões reacendam velhas discussões pacificadas ou mesmo que criem novas tensões que se manifestam na norma e/ou nas Instituições políticas. Dessa maneira, o direito continua sendo arena das tensões políticas que o originaram. Por isso que o direito é arena de lutas e de conflitos políticos.

Se o direito consegue dar respostas jurídicas a essas tensões entre os diversos agentes políticos, contendo o poder de fato e a emergência, então pode-se dizer que a exceção não se instaurou e a ordem jurídica liberal, com seus mecanismos de contenção do poder, predominou sobre o estado de exceção.

A pandemia realçou esse caráter de arena de lutas que marca o direito e as Instituições políticas. Isso porque as necessidades impostas pelo novo coronavírus às democracias ocidentais, acabaram por gerar uma série de discussões no Brasil, em torno da gestão e do combate ao vírus, que dividiram ainda mais a já fragmentada sociedade brasileira e seus atores políticos e institucionais.

Conforme foi possível de observar nos noticiários brasileiros desde o início da pandemia, o clima de tensão entre governadores, prefeitos, Congresso Nacional e o presidente Jair Bolsonaro, levaram o País a um quadro de instabilidade institucional ainda maior do que o que já enfrentava desde 2014, com o presidente da República e seus apoiadores proferindo discursos que flertam abertamente com o autoritarismo (SOARES, 2021) e que ameaçam de ruptura a ordem constitucional de 1988 (O MÉTODO BOLSONARO..., 2021; VILLAS..., 2021; PITA, 2019; MARTINS, 2020; ELEIÇÃO..., 2021).

Neste ponto, indaga-se: estaria o presidente da República correto em seu diagnóstico sobre a natureza autoritária dos atos praticados pelos governadores? E mais, em caso de resposta positiva, poder-se-ia afirmar que o Brasil vive um estado de exceção, onde o poder de fato é fundado na necessidade de combater o vírus teria suspenso a ordem jurídica em prol da existência biológica?

Para tentar responder essas questões, é necessário que recorramos às características do estado de exceção moderno delineadas no tópico anterior. Quanto à primeira característica (o estado de exceção como técnica de governo), não há indícios concretos para se afirmar que as restrições aos direitos fundamentais durante a pandemia se converteram em uma técnica de governo no Brasil, tornando-se regra. Para se constatar isso seria necessário um lapso temporal bem maior e o próprio fim da pandemia para, só então, aferir se essas restrições excepcionais deixaram de ser medidas emergenciais e se tornaram uma técnica de poder e de controle.

Some-se a este elemento temporal, o fato de estudos ou monitoramentos indicarem a baixa adesão dos brasileiros ao isolamento social (MAPA BRASILEIRO..., 2021; LEMOS, 2020; IBGE: BRASILEIROS..., 2020)<sup>5</sup>, que foi a principal medida restritiva adotada no Brasil, bem como a existência de inúmeras manifestações pelo

5 Dados indicam que o ápice da adesão da população brasileira ter se dado entre 22/4/20 e 26/4/20, ficando a maior parte do período de monitoramento (01/02/20 a 22/03/21) abaixo dos 50% da população.

País contrárias (PROTESTOS..., 2021; MANIFESTANTES, 2021) ou favoráveis (COM AGLOMERAÇÃO..., 2021) ao presidente da República ou às medidas de isolamento social, fatos que demonstram os limites das medidas restritivas de direitos e um funcionamento relativamente normal das liberdades básicas dos cidadãos brasileiros.

Mais do que imposições, as medidas restritivas de direitos fundamentais, na pandemia, foram um apelo de muitos governadores e prefeitos à população para que ficassem em casa e não causassem aglomerações que, ainda assim, foram registradas constantemente (EM MEIO..., 2020). Aliás, o próprio presidente da República, autoridade maior do País, causava aglomerações e era contrário às medidas restritivas, não as decretando no seu âmbito de competências constitucionais federativas (BORGES; CATUCCI, 2021). À vista disso, notou-se que os gestores brasileiros, nas suas diversas esferas de atuação, não possuíam uma unidade de ação no sentido de restringir direitos fundamentais, o que impossibilita afirmar haver um estado de exceção como paradigma ou técnica de governo no Brasil.

No que concerne à suspensão da ordem jurídica pela própria ordem jurídica, fazendo com que o poder puro e simples pertença ao direito, também não se constatou no caso brasileiro, dado que apenas o presidente da República tem competências constitucionais para decretar Estado de Sítio e de Defesa. Isso, contudo, não foi feito, apesar de, em nosso entender, ter havido respaldo constitucional para tanto, visto que a ordem pública e a paz social foram atingidas pela pandemia, o que parece se amoldar ao conceito jurídico indeterminado de calamidade de grandes proporções na natureza, previsto no art. 136 da CRFB/88, hipótese autorizadora da decretação do Estado de Defesa (BRASIL, 1988). Consequentemente, não há de se falar em suspensão da ordem jurídica pela própria ordem jurídica, pelo menos não por conta da pandemia.

Apesar de os atritos políticos entre os poderes da República e entre as várias esferas federativas terem sido graves ou gravíssimos, não se pode dizer que houve um espaço anômico onde o que estava em jogo era uma força de lei sem lei, ou seja, uma zona de indeterminação entre o direito e o fato, tampouco é possível defender a existência de um estado *kenomatico* — ou de vazio de direito —, pois as soluções adotadas pelos atores políticos envolvidos nesses conflitos continuaram dentro do campo institucional previsto na CF/88, o que afasta ambas as hipóteses ventiladas.

Entende-se que essas tensões institucionais foram contidas no campo jurídico a partir da edição da Lei 13.979/20, alterada pela MP 926 e questionada na ADI 6341/DF, que representaram, respectivamente, a posição institucional do Congresso Nacional, do presidente da República e do Supremo Tribunal Federal sobre a gestão e combate da pandemia, no que se refere às medidas restritivas e à competência dos governadores e dos prefeitos no exercício do poder de polícia sanitária.

Por meio da Lei 13.979/20, o Congresso Nacional firmou sua posição institucional sobre quais medidas restritivas poderiam ser tomadas no combate ao coronavírus no Brasil, ou seja, a garantia da reserva legal foi respeitada.

A partir do artigo 3º da referida norma legal, definiram-se as autoridades competentes e as medidas possíveis de serem tomadas no combate à COVID-19, como: isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames médicos; vacinação e outras medidas profiláticas; uso obrigatório de máscaras de proteção individual; restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do País, locomoção interestadual e intermunicipal; e autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus (BRASIL, 2020a).

Todas as medidas previstas no referido artigo somente poderiam ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, devendo ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, conforme o disposto no seu parágrafo primeiro.

O presidente da República, discordando de alguns pontos da Lei 13.979/20, editou a Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020b), alterando disposições sobre as medidas restritivas contidas na Lei 13.979/20. A referida MP, depois foi convertida na Lei nº 14.035, de 2020, tudo em conformidade com as previsões constitucionais. Logo, esta foi a posição institucional do presidente da República, devidamente submetida ao Congresso Nacional.

Ocorre que a referida Medida Provisória foi questionada perante o STF, por meio da ADI 6341/DF, que teve medida cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio e sendo, posteriormente, ratificada em plenário, com o reconhecimento da competência comum e concorrente dos entes federados, nos seus respectivos campos de atuação, para tratar do combate à pandemia (BRASIL, 2020c). Dessa forma, reconheceu-se aos demais entes federados o poder de tomar as medidas previstas na Lei nacional nº 13.979/20, sendo, pois, as medidas restritivas de governadores e prefeitos referendadas pelo Congresso Nacional e pelo STF, pelo menos apriorísticamente.<sup>6</sup>

Todas essas ações institucionais e normativas mostram que não houve vazio de direito ou força de lei sem lei na condução da pandemia pelos governadores e prefeitos, pelo contrário. Pode-se questionar a constitucionalidade da Lei 13.979/20 e a interpretação dada pelo STF a ela e à MP 926, o que é aceitável no campo jurídico. Entretanto, daí a se alegar ausência de direito ou força de lei sem lei, não se mostra um esforço hermenêutico plausível, porquanto houve vasta produção normativa dos três poderes da República.

<sup>6</sup> Qualquer atuação abusiva e inconstitucional deve ser aferida diante do caso concreto. Aqui, não se nega a possibilidade de abusos, mas, apenas, defende-se que a atuação dos chefes dos Executivos estaduais e municipais, como isolamento e quarentena, estão amparadas pela ordem jurídica em abstrato, posto que o poder de polícia sanitário dos entes, bem como a Lei 13.979/20 e o entendimento do STF, na posição de “guardião da constituição e da federação”, autorizam essa atuação excepcional dos entes no combate à pandemia. Registre-se, ainda, que nem sempre se concorda com a posição institucional do STF, mas reconhece-se o seu papel institucional e respeita-se sua atuação como poder de Estado. No presente caso, concorda-se com a leitura feita pelo STF sobre as competências federativas e o exercício do poder de polícia sanitária dos entes políticos no combate ao coronavírus, devido às grandes dimensões do País e às variáveis regionais e locais que o vírus impôs ao Estado brasileiro.

Por fim, se há uma característica do estado de exceção que se destacou na gestão da pandemia, foi a profusão normativa dos diversos Executivos da federação que, a partir de Decretos, promoveram as restrições apontadas acima aos direitos fundamentais da população brasileira, mas dentro dos seus limites de competência constitucional e legal (em abstrato, repita-se), não sendo possível afirmar que tal crescimento do poder normativo dos Executivos aboliu a separação de poderes ou enfraqueceu os Legislativos, pois a autorização para o uso dessa função atípica do Executivo veio do Congresso Nacional e foi devidamente referendada pela Corte maior do Judiciário brasileiro.

Diante do quadro apresentado, entende-se que as preocupações de Agamben não se aplicam ao caso brasileiro. Mais do que estado de exceção, viveu-se um momento de exceção, de legalidade extraordinária (OLIVEIRA, 2020)<sup>7</sup>, mas as técnicas jurídicas do constitucionalismo liberal, presentes na Constituição de 1988, conseguiram dar respostas jurídicas ao momento excepcional.

No entanto, os conflitos políticos exacerbados entre os atores políticos e institucionais brasileiros, nos fazem retomar as reflexões de Schmitt. Isso em razão do fato destacado de a oposição e o presidente da República terem acirrado suas posições políticas e de se tratarem publicamente como inimigos.

Salta aos olhos o tratamento hostil dado à imprensa pelo presidente da República e por seus apoiadores e partidários (AMARAL; CHAGURI, 2021). Por sinal, indicativo da postura agressiva do presidente Jair Bolsonaro em relação à imprensa, tratada como inimiga do seu Governo, é a sua inclusão na lista de predadores da liberdade de imprensa no mundo (REPÓRTERES, 2021).

Não só a imprensa, mas a oposição congressional, muitos governadores, prefeitos e, especialmente Ministros do STF, são tratados pelo presidente da República e por seus apoiadores como inimigos do seu Governo, com uma retórica agressiva (CARAMURU, 2021; BOLSONARO ATACA..., 2021). Esse fenômeno demonstra uma relação de atritos constantes e aparentemente irreconciliáveis que, entende-se, são uma manifestação clara do realismo político schmittiano ou uma manifestação, não do antagonismo amigo-inimigo originário e precedente ao Estado, mas daquele posterior ou secundário, dentro dos marcos do Estado constitucional.

Essa perspectiva agressiva é via de mão dupla, com alguns segmentos da oposição ao presidente Bolsonaro acirrando o discurso, com desejos de morte, inclusive (CARVALHO, 2020). O que se enxergou nesse quadro de radicalização do discurso é uma degradação da atividade política que, se não combatida devidamente, poderia levar ao acirramento das tensões e ao acionamento do antagonismo extremo trabalhado por Schmitt, podendo, inclusive, causar a uma ruptura institucional.

<sup>7</sup> Legalidade extraordinária é entendida como "a criação de leis excepcionais como a Lei 13.979/2020, mas, principalmente, com a profusão normativa de atos administrativos normativos dos Executivos federal, estaduais e municipais como respostas à crise sanitária causada pelo COVID-19, que também representam uma resposta ao conflito federativo e político instaurado com a União, na figura do presidente da República."

As posições políticas pareciam irreconciliáveis para ambos os lados da moeda. Cresceram os pedidos de impeachment (MANIFESTANTES, 2021) do presidente Bolsonaro e as acusações de genocídio (OLIVEIRA, Joana, 2021) contra ele. Os atritos foram gravíssimos e os choques entre os poderes só cresceram, inclusive, com manifestações políticas de militares e boatos sobre supostas ameaças destes ao Congresso Nacional (CALCAGNO, 2021). O antagonismo amigo-inimigo schmittiano e a política entendida como guerra estava instalada no Brasil, com radicalismos para todos os lados.

Apesar do diagnóstico de tensões e de conflitos acirrados entre os diversos agentes políticos e institucionais brasileiros indicados acima, entende-se que, na linha do exposto por Oscar Vilhena Vieira, a CF/mostrou surpreendente força resiliente (VIEIRA, 2018). Essa característica tem garantido que a Constituição resista às enormes pressões e desafios que a realidade brasileira tem imposto à sua força normativa (HESSE, 1991), conseguindo, apesar dos percalços enfrentados, manter-se regrando o processo político brasileiro até o presente momento.

## CONCLUSÃO

O apanhado teórico acima, somado às reflexões que se seguiram no último tópico, autoriza este breve estudo a chegar a algumas conclusões parciais sobre a temática da gestão da pandemia de COVID-19 no Brasil, com todos os seus conflitos, radicalismos políticos e discursivos que acirraram os atritos entre os Poderes da República e os entes federados.

A primeira grande conclusão parcial é: entende-se que todos esses fatores em conjunto autorizam, com certa margem de precisão, afirmar que os conflitos federativos e as tensões entre os poderes em torno da gestão da saúde na pandemia de SARS-CoV-2 no Brasil, são manifestações institucionais do antagonismo amigo-inimigo apontado por Carl Schmitt. O antagonismo aqui referido não é o original e anterior ao Estado, mas o que se realiza dentro dos marcos do Estado constitucional de direito.

Este entendimento decorre do fato de que os ataques recíprocos promovidos entre os diversos atores políticos e institucionais brasileiros durante a pandemia foram cada vez mais radicais e diretos, fazendo agravar a crise institucional brasileira e até mesmo a se suscitar a possibilidade de golpe de Estado abertamente.

A segunda conclusão parcial relevante é que, apesar das controvérsias sobre a atuação autoritária ou não dos diversos atores envolvidos na gestão da pandemia no País, entende-se que as medidas excepcionais praticadas por governadores e prefeitos não corresponderam a um estado de exceção como paradigma de governo, nos termos postos por Agamben. Isso porque, conforme o analisado, dentre as características do estado de exceção exposto por Agamben, apenas uma pode ser constata no caso brasileiro, ou seja, a expansão normativa dos Executivos.

No entanto, a despeito de tal expansão normativa dos Executivos estaduais e municipais, ela ocorreu dentro dos marcos constitucionais e legais, uma vez que passou pelo crivo deliberativo e político do Congresso Nacional, bem como pelo crivo jurídico do Judiciário brasileiro, a partir da posição insitucional do Supremo Tribunal Federal em relação aos poderes de polícia sanitária das pessoas políticas, nos seus respectivos campos de atuação federativa na gestão da saúde.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se dizer que esse estado de coisas excepcional não representou ou representa vazio de direito e manifestação do poder “nu”. Tal constatação é possível, pois os mecanismos liberais de controle do poder previstos na CRFB/88 conseguiram dar respostas jurídicas ao quadro de crise social, econômica e política que o País enfrentou, tendo assegurado a normatividade constitucional e legal.

A despeito de as posições institucionais dos diversos atores políticos brasileiros terem sido, muitas vezes polêmicas e questionáveis, o que é comum em democracia liberais, é possível afirmar que esse quadro excepcional ocasionado pela pandemia não autoriza afirmar que a exceção virou regra no Brasil, sem que tal entendimento implique em uma banalização da ideia de exceção, ou seja, de vazio de direito e de suspensão da ordem jurídica pela própria ordem jurídica.

Por fim, destaca-se que as atuações do presidente da República, dos governadores, dos prefeitos, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, apesar de passíveis de muitas críticas institucionais e constitucionais — chegando mesmo a ultrapassar certos limites legais e caminhar na direção do autoritarismo sob diversos aspectos —, foram, de modo geral, praticadas dentro de certos limites jurídicos estabelecidos sob a égide do pacto constituinte de 1988, com alguns atores institucionais agindo fora dos limites constitucionais, mas ainda sim submetidos a um, digamos, campo gravitacional democrático.

## BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Chiarimenti. **Quodlibet**, 17 mar. 2020b. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Acesso em: 19 jul. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. Distanziamento sociale. **Quodlibet**, 06 abr. 2020d. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-distanziamento-sociale>. Acesso em: 19 jul. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

p. 142. Resenha de: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 41, n. 0, p. 171-174, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. L'invenzione di un'epidemia. **Quodlibet**, 26 fev. 2020a. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 19 jul. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. Riflessioni sulla peste. **Quodlibet**, 27 mar. 2020c. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-riflessioni-sulla-peste>. Acesso em: 19 jul.

AGAMBEN, Giorgio. Una domanda. **Quodlibet**, 13 abr. 2020e. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda>. Acesso em: 19 jul. 2021. 2021.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Carl Schmitt e o antagonismo político. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos. (org.). **Novo manual de ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Oswaldo E. do; CHAGURI, Mariana. Índice de Autoritarismo traça a base fiel de Bolsonaro: quanto mais apoio a golpes, mais fã do presidente. **EL PAÍS BRASIL**, Brasília, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2021-03-23/indice-de-autoritarismo-traca-a-base-fiel-de-bolsonaro-quanto-mais-apoio-a-golpes-mais-fa-do-presidente.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

APESAR de proibição de eventos de carnaval, aglomerações são registradas em várias partes do país. **G1**, 14 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/02/14/apesar-de-proibicao-de-eventos-de-carnaval-aglomeracoes-sao-registradas-em-varias-partes-do-pais.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política – ensaios sobre literatura literatura e história da cultura**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2013.

BOLSONARO ATACA Moraes e STF e fala em 'retaliação' contra Flávio e Carlos. **UOL**, São Paulo, 01 jul. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/07/01/bolsonaro-ataca-moraes-e-fala-em-retaliacao-contras-filhos-flavio-e-carlos.htm>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BOLSONARO DIZ que Forças Armadas podem ir às ruas para 'acabar com covardia de toque de recolher'. **TERRA**, 24 abr. 2021. Disponível em: [https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/bolsonaro-diz-que-forcas-armadas-podem-ir-as-ruas-para-acabar-com-covardia-de-toque-de-recolher\\_ea6c0ab139ac13f71ff31e666736e5dbbqxw1p7n.html](https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/bolsonaro-diz-que-forcas-armadas-podem-ir-as-ruas-para-acabar-com-covardia-de-toque-de-recolher_ea6c0ab139ac13f71ff31e666736e5dbbqxw1p7n.html). Acesso em: 29 jul. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Carline e CATUCCI, Anaisa. 'Não vai ter lockdown', diz Bolsonaro após Brasil registrar 4,2 mil mortes em um dia. **G1 SC**, 07 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/04/07/bolsonaro-chega-a-santa-catarina-para-visita-a-chapeco-no-oeste.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020a**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm). Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020b**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm). Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 6341/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, DJe 13 de novembro de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BREYER, Stephen. **Making Our Democracy Work: A Judge's View**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2010.

CALCAGNO, Luiz. Ameaça à democracia brasileira é real, afirmam especialistas. **Correio Brasiliense**, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/politica/2021/07/4939146-ameaca-a-democracia-brasileira-e-real-afirmam-especialistas.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CARAMURU, Pedro. Em discurso em Chapecó, Bolsonaro ataca STF e apoiadores pedem fechamento. **TERRA**, 25 jun. 2021. Disponível em: [https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/em-discurso-em-chapeco-bolsonaro-ataca-stf-e-apoiadores-pedem-fechamento\\_28718f55c510c03ec11fed1422d6eb8cwqe0378v.html](https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/em-discurso-em-chapeco-bolsonaro-ataca-stf-e-apoiadores-pedem-fechamento_28718f55c510c03ec11fed1422d6eb8cwqe0378v.html). Acesso em: 29 jul. 2021.

CARVALHO, Mario Cesar. Torcida pela morte de Bolsonaro mostra que discurso de ódio corroeu a política. **Poder 360**, 08 jul. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/futuro-indicativo/torcida-pela-morte-de-bolsonaro-mostra-que-discurso-de-odio-corroeu-a-politica/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

COLETTA, Ricardo Della. Bolsonaro critica restrições, diz que a fome mata e que está pronto para conversar com governadores. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/bolsonaro-critica-restricoes-diz-que-a-fome-mata-e-que-esta-pronto-para-conversar-com-governadores.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2021.

COM 400 mil mortes Bolsonaro critica governadores e lockdown em araraquara. **UOL**, São Paulo, 29 abr. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/04/29/com-400-mil-mortes-bolsonaro-critica-governadores-e-lockdown-em-araraquara.htm>. Acesso em: 29 jul. 2021.

COM AGLOMERAÇÃO e sem máscaras, evento de Bolsonaro com motociclistas em SP tem clima de campanha. **BBC NEWS BRASIL**, 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57457068>. Acesso em: 29 jul. 2021.

ELEIÇÃO em 2022 'é inegociável': as reações de autoridades à suposta ameaça do ministro da Defesa. **BBC NEWS BRASIL**, 22 jul. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57937882>. Acesso em: 29 jul. 2021.

EM MEIO à pandemia, Brasil tem festas e aglomerações com a proximidade do Ano Novo. **G1**, 31 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/31/em-meio-a-pandemia-brasil-tem-festas-e-aglomeracoes-com-a-proximidade-do-ano-novo.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. **Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos**, ano 4, n. 7, p. 63-80, 1999. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=125502>. Acesso em: 18 jul. 2021.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

GOVERNADORES reagem a Bolsonaro: "Alergia à democracia". **TERRA**, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/governadores-reagem-a-bolsonaro-alergia-a-democracia,243da0904daa9db14e1736e0b065f0246fqyerjy.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

IBGE: BRASILEIROS reduzem adesão às medidas de isolamento social, diz Pnad Covid. **ISTOÉ DINHEIRO**, 25 set. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/ibge-brasileiros-reduzem-adesao-as-medidas-de-isolamento-social-diz-pnad-covid/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

LEMOS, Vinícius. Brasil está relaxando medidas de isolamento além do razoável, alerta cientista. **BBC News Brasil**, São Paulo, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53619167>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução a epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MANIFESTANTES fazem atos contra Bolsonaro e a favor da vacina nos 26 estados e no DF. **G1**, 24 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/07/24/protestos-sabado.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MAPA BRASILEIRO da COVID-19. **InLoco**. Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MARTINS, Ives Gandra. Harmonia e independência dos poderes? **CONJUR**, 02 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

NEGACIONISTA na pandemia, Jair Bolsonaro destoa de antecessores. **Correio Brasiliense**, 03 maio 2021. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/politica/2021/05/4921849-negacionista-na-pandemia-jair-bolsonaro-destoa-de-antecessores.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

OLIVEIRA, Bruna. De norte a sul do Brasil, aglomerações e festas clandestinas ignoram gravidade da covid-19; veja imagens. **Agência Brasil**, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/brasil/2021/06/12133037-mesmo-com-altos-numeros-da-covid-19-cidades-brasileiras-registram-aglomeracoes-de-pessoas.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

OLIVEIRA, José Adeildo B. O estado de exceção no Brasil em tempos de pandemia. **Revista Interagir**, out. 2020. Disponível em: <https://unichristus.edu.br/wp-content/uploads/2020/10/Unichristus-Revista-Interagir-N%C2%BA-110.pdf>. Acesso em: 18 de jul. de 2021.

OLIVEIRA, Joana. Ação contra Bolsonaro avança em Haia, e indígenas vão denunciá-lo por genocídio e por ecocídio. **EL PAÍS BRASIL**, São Paulo, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-01/acao-contra-bolsonaro-da-passo-inedito-no-tribunal-penal-internacional-enquanto-indigenas-se-preparam-para-denuncia-lo-por-genocidio-e-ecocidio-na-corte.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

O MÉTODO BOLSONARO: um assalto à democracia em câmera lenta. **EL PAÍS BRASIL**, 18 jul. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-18/o-metodo-bolsonaro-um-assalto-a-democracia-em-camera-lenta.html>. Acesso em: 29 jul. 2021.

PITA, Antônio. “Bolsonaro é um dos populistas mais próximos do fascismo que já vi”. **EL PAÍS**, Madri, 30 jun. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/27/cultura/1561664077\\_032428.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/27/cultura/1561664077_032428.html). Acesso em: 29 jul. 2021.

POPPER, Karl. **Textos escolhidos**. Tradução de David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

PROTESTOS por impeachment de Bolsonaro são registrados em 25 capitais. **CNN**, São Paulo, 03 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/07/03/manifestacoes-contra-bolsonaro-3-de-julho-de-2021>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SCARDOELLI, Anderson. Twitter deixa que se propaguem mensagens de ódio contra Bolsonaro. **Revista Oeste**, 07 jul. 2020. Disponível em: <https://revistaouest.com/politica/twitter-deixa-mensagens-de-odio-propagarem-contra-bolsonaro/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SCHMITT, Carl. **O conceito do Político / Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOARES, Marcelo. Radiografia das ‘lives’ e discursos de Bolsonaro mostra escalada de autoritarismo e desinformação. **EL PAÍS BRASIL**, 25 jul. 2021. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-25/radiografia-das-lives-e-discursos-de-bolsonaro-mostra-escalada-de-autoritarismo-e-desinformacao.html?ssm=IG\\_BR\\_CM&utm\\_campaign=later-linkinbio-elpaisbrasil&utm\\_content=later-19325619&utm\\_medium=social&utm\\_source=linkin.bio](https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-25/radiografia-das-lives-e-discursos-de-bolsonaro-mostra-escalada-de-autoritarismo-e-desinformacao.html?ssm=IG_BR_CM&utm_campaign=later-linkinbio-elpaisbrasil&utm_content=later-19325619&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio). Acesso em: 29 jul. 2021.

VELHOS tiranos, duas mulheres e um europeu: a RSF revela sua edição 2021 dos “predadores da liberdade de imprensa”. **Repórteres sem fronteiras**, 4 jul. 2021. Disponível em: <https://rsf.org/pt/noticia/velhos-tiranos-duas-mulheres-e-um-europeu-rsf-revela-sua-edicao-2021-dos-predadores-da-liberdade-de>. Acesso em: 29 jul. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILLAS Bôas revela em livro como o Alto Comando do Exército ameaçou o STF. **CONJUR**, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/villas-boas-revela-alto-comando-exercito-ameacou-stf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

# orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo “Enviar Submissão”. Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As “Diretrizes para Autores” podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>.

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.

Para o esclarecimento de dúvidas, é possível enviar e-mail para a Revista ([revista@mpc.pr.gov.br](mailto:revista@mpc.pr.gov.br)) ou diretamente para o Editor-Chefe ([saulo.pivetta@tce.pr.gov.br](mailto:saulo.pivetta@tce.pr.gov.br)).

Todas as edições encontram-se disponíveis no seguinte endereço: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/issue/archive>.

**orientações**

